Archiv für bürgerliches Recht

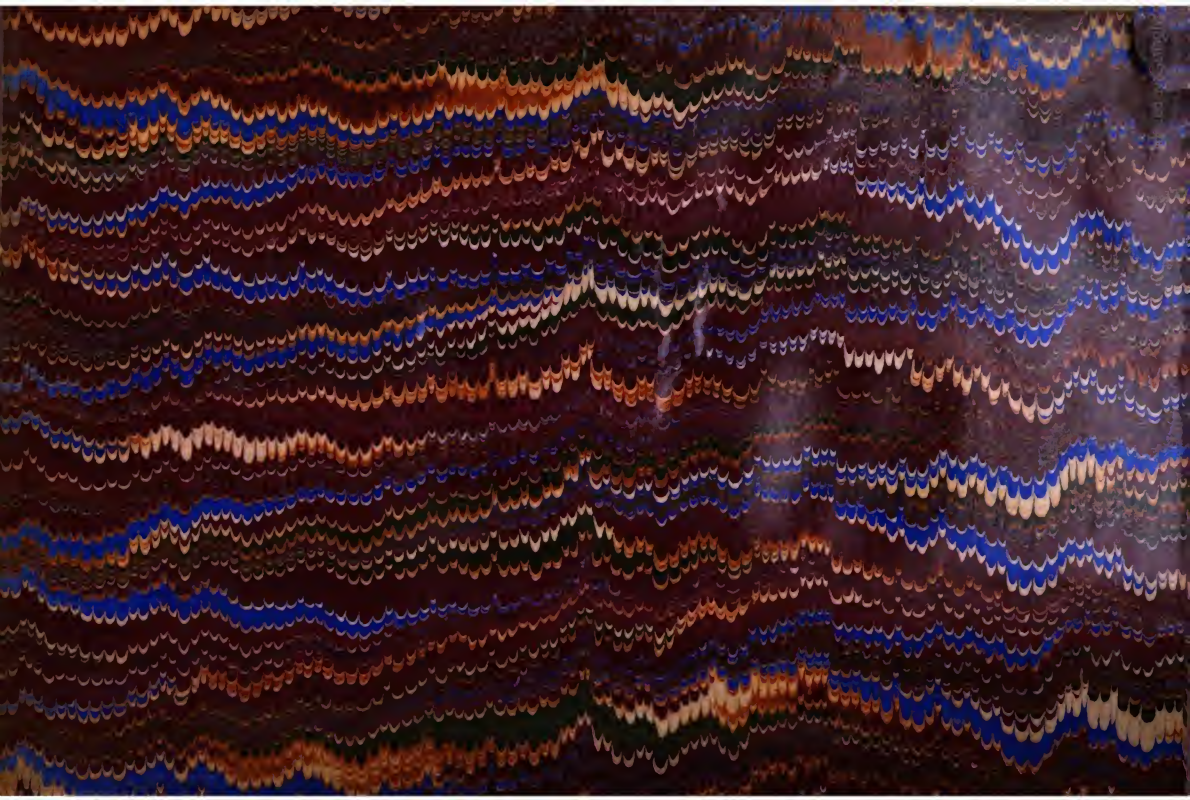
Josef Kohler, Viktor Ring, Paul Ernst Wilhelm ...

Pd. 4 Jan 1895.

HARVARD LAW LIBRARY

Received March 12, 1895.

Digitized by Google



Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Richter am Landgericht I Berlin.

Siebenter Band.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1893.

Digitized by Google

Rec. Mar 12, 1895.

Verlags-Archiv 2085.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

Seite

1. Entwurf eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag. Von Dr. O. Bähr 1
2. Die Haftung für das Fehlen und die Mängel der Verpackung. Von Regierungsrath Dr. Georg Eger in Breslau 64
3. Das Pfandrecht an Rechten. Von Amtsrichter Dr. jur. Max Mittelstein in Hamburg 81
4. Das Recht an Briefen. Von J. Kohler 94
5. Hat der Eigenthümer einen Anspruch auf Schutz gegen Vervielfältigung eines ihm gehörigen Schrift- oder Kunstwerks? Von Dr. O. Bähr 150
6. Einfluß des Bauunfallversicherungsgesetzes vom 11. Juli 1887 auf die Rechte und Pflichten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde. Von Kreisgerichtsrath Dr. Benno Hilse in Berlin 162
7. Die Sicherheitsübereignungen. Von Rechtsanwalt Dr. Karl Linckelmann in Hannover 209
8. Die Natur der Sach- und Haftklage insbesondere der Kondiktion. Eine Kritik der in den Entwurf aufgenommenen Pandektentheorie aus alter Zeit. Von Oberlandesgerichtsrath Kindel in Breslau 236
9. Die amerikanischen Trusts. Von Dr. jur. Emily Kempin . . 334

Litteratur.

I. Civilistische Rundschau. Von Landrichter Dr. Ludwig Goldschmidt in Bochum 174
II. Neue handelsrechtliche Litteratur. Von V. Ring 190
III. Anzeigen. Von V. Ring 202

Digitized by Google

Seite

IV. Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 und dessen Litteratur. Von V. Ring 356

V. Neue handelsrechtliche Litteratur. Von V. Ring 367

VI. Civilistische Rundschau. Von Landrichter Dr. Ludwig Goldschmidt in Bochum 380

Alphabetisches Sachregister 406

Litteraturverzeichniß 412

Digitized by Google

1.

Entwurf eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag.

Von Dr. **O. Kähr.**

Der hier veröffentlichte Entwurf ist eine Arbeit, die der Verfasser vor neun Jahren im Auftrage des damaligen Leiters des Reichsjustizamts angefertigt hat. Dem Entwurfe war die Aufgabe gestellt, die privatrechtliche Seite des Versicherungswesens zu regeln. Seitdem ist die dem Reiche zugewiesene Gesetzgebung über das Versicherungswesen nicht weiter gediehen, so viel mir bekannt aus dem Grunde, weil die mit der privatrechtlichen Regelung zu verbindende verwaltungsrechtliche Regelung der Sache noch nicht bis zur Vollendung reif geworden ist. Da es hiernach zweifelhaft erscheint, wann das Reich in der Lage sein wird, mit seiner Gesetzgebung über das Versicherungswesen vorzuschreiten, und da andererseits mein Werk, soweit ihm überhaupt ein Werth beiwohnt, doch auch für die Wissenschaft einigen Werth hat, habe ich geglaubt, dasselbe, nachdem ich es einer nochmaligen Ueberarbeitung unterzogen habe, jetzt veröffentlichen zu sollen.

Die Gesichtspunkte, die meiner Arbeit zu Grunde liegen, sind in dem Eingange der dem Entwurfe folgenden „Begründung" dargelegt. Auf diese Begründung, Seite 29, muß ich auch zum Verständniß der unter den einzelnen Paragraphen des Entwurfs stehenden Anführungen verweisen, will jedoch hier gleich bemerken, daß es (in abgekürzter Form bezeichnete) Parallelstellen aus andern Gesetzen oder Gesetzentwürfen oder auch Gerichtsentscheidungen sind, die die Frage berühren.

Digitized by Google

Es folgt nun der

Entwurf.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§. 1.

Durch den Versicherungsvertrag verpflichtet sich der Versicherer dem Versicherungsnehmer gegegenüber, gegen Zahlung einer Einlage bei dem als ungewiß vorausgesetzten Eintritt eines bestimmten Ereignisses eine Geldzahlung zu leisten.

Die Einlage kann in einer einmaligen Zahlung oder in laufenden Zahlungen bestehen.

Dresden 957. Landrecht §. 1934. Preußen 327. Bayern 800.

§. 2.

Gesellschaften, die die Uebernahme von Versicherungen, unabhängig von der Mitgliedschaft der Versicherungsnehmer, zur Erzielung von Gewinn betreiben, gelten als Handelsgesellschaften.

Gesellschaften, die die Versicherung ihrer Mitglieder nach den Grundsätzen der Gegenseitigkeit übernehmen, gelten, nachdem sie ihren Gesellschaftsvertrag bei dem Handelsgerichte eingereicht und die Eintragung im Handelsregister erlangt haben, als Genossenschaften. Ihre Geschäfte gelten als Handelsgeschäfte.

Bei Anstalten, die von Gemeinden oder anderen kommunalen Verbänden zur Uebernahme von Versicherungen gegründet werden, wird die Organisation durch den ihre Gründung enthaltenden Erlaß bestimmt.

Bayern 828, 829. Schweiz 342.

§. 3.

Wer Versicherungen geschäftsmäßig betreibt, hat einen Geschäftsplan aufzustellen, worin die Gefahren, gegen welche, und die Bedingungen, unter welchen die Versicherungen übernommen werden, genau bezeichnet sind.

Der Geschäftsplan ist in gedruckter Form der Aufsichtsbehörde und dem Ortsvorstande an dem Wohnsitze des Versicherers einzureichen, auch jedem Versicherungsnehmer vor Abschluß des Vertrages einzuhändigen.

Digitized by Google

Bei nachträglichen Aenderungen und Zusätzen zu dem Geschäftsplan ist in gleicher Weise zu verfahren.

Auch solchen, die bereits Versicherung genommen haben, ist ein solcher Nachtrag zuzustellen, widrigenfalls sich bei einer Erneuerung der Versicherung nicht darauf zum Nachtheil der Versicherungsnehmer berufen werden kann.

§. 4.

Die Versicherungsverträge gelten als auf Grundlage des nach §. 3 aufgestellten Geschäftsplans abgeschlossen.

Abweichende Vereinbarungen haben nur Gültigkeit, wenn derjenige Theil, zu dessen Nachtheil sie von dem Geschäftsplan abweichen, schriftlich seine Einwilligung dazu erklärt hat.

§. 5.

Der Versicherer ist verpflichtet, über die Versicherung einen Versicherungsschein (Police) auszufertigen und dem Versicherungsnehmer einzuhändigen.

Dieser Schein hat den Versicherungsnehmer, den Gegenstand und den Umfang der übernommenen Gefahr, die Versicherungssumme, soweit eine solche bestimmt ist, und die für die Versicherung zu zahlende Einlage (Prämie) genau zu bezeichnen.

Bei Erneuerung der Versicherung kann auf den bereits ausgestellten Versicherungsschein Bezug genommen werden.

H.-G.-B. 788. Landrecht §§. 2066 ff. Preußen 330, 331. Baiern 806, 807. Schweiz 822.

§. 6.

Wenn nicht ein Anderes durch den Geschäftsplan bestimmt oder besonders vereinbart ist, gilt der Versicherungsvertrag erst dann als abgeschlossen, wenn der Versicherungsschein dem Versicherungsnehmer eingehändigt und die Einlage — bei laufenden Einlagen die erste Einlage — bezahlt ist.

Die Erneuerung einer bestehenden Versicherung gilt im Zweifel auch dann schon als abgeschlossen, wenn der Versicherer die Zahlung der Einlage für die Erneuerung entgegengenommen hat; vorausgesetzt, daß in den Verhältnissen der Versicherung keine Aenderung eingetreten ist.

Digitized by Google

Verweigert der Versicherungsnehmer die Einlösung des auf seinen Antrag ausgefertigten Versicherungsscheines, so kann der Versicherer als Entschädigung für seine Mühewaltung eine angemessene Geschäftsgebühr in Anspruch nehmen. Er kann sich diese schon bei Bestellung des Versicherungsscheines, vorbehaltlich der Anrechnung auf die demnächstige zu zahlende Einlage, auszahlen lassen.

A.V.-V. §. 4 Abs. 1.

§. 7.

Ist die Dauer einer Versicherung nach Tagen, Monaten oder Jahren bestimmt, so wird die Zeit nach dem Kalender und der Tag von Mitternacht zu Mitternacht berechnet. Der Versicherer trägt die Gefahr während des Anfangstages und des Schlußtages.

H.-G.-B. 834.

II. Versicherung gegen Schaden.

§. 8.

Gegenstand einer Versicherung gegen Schaden kann alles sein, was einen zu Geld anschlagbaren Werth hat und einer Gefahr unterworfen ist.

Ungültig ist die Versicherung gegen die Gefahr aus einer verbotenen Handlung.

Landrecht §§. 1952 ff. Preußen 328. Bayern 801, 802. Dresden 958.

§. 9.

Ein erwarteter Gewinn kann bei der Versicherung gegen die Gefahr binnenländischer Versendung nach gleichen Grundsätzen versichert werden, wie bei der Versicherung gegen die Gefahr des Seetransportes. Es kommen dabei die Bestimmungen in Titel 11 des Deutschen Handelsgesetzbuches sinnentsprechend zur Anwendung.

Im Uebrigen ist eine Versicherung für Glücksfälle oder erwartete Gewinne nur zulässig, wo die Gesetze sie ausdrücklich gestatten.

Preußen 365. H.-G.-B. 783. Preußen 327. Bayern 801.

§. 10.

Die Versicherung kann mit oder ohne Bestimmung einer Versicherungssumme (Taxe), sie kann für den ganzen Gegenstand oder für einen bestimmten Bruchtheil desselben erfolgen.

Digitized by Google

§. 11.

Ist der Gegenstand ohne Bestimmung einer Versicherungssumme versichert, so gilt der volle Werth des Gegenstandes, und wenn die Versicherung nur für einen Bruchtheil genommen ist, der entsprechende Bruchtheil dieses Werthes als versichert.

Unter dem vollen Werth ist diejenige Summe zu verstehen, die dazu nöthig ist, um nach eingetretenem Schaden eine Sache von gleicher Beschaffenheit, wie die untergegangene, sich wieder zu verschaffen.

Schweiz 328.

§. 12.

Die bestimmte Versicherungssumme darf den vollen Werth des versicherten Gegenstandes nicht übersteigen. Soweit sie diesen Werth übersteigt (Ueberversicherung), ist die Versicherung ungültig.

Die bestimmte Versicherungssumme ist jedoch so lange für die Versicherung maßgebend, als nicht der Versicherer beweist, daß sie wesentlich übersetzt sei.

H.-G.-B. 790. Preußen 352. Bayern 808. Dresden 961. Schweiz 327. H.-G.-B. 797. Dresden 962, 976. Preußen 340, 341. A.B.-B. §. 7.

§. 13.

Hat eine Ueberversicherung stattgehabt oder hat sich nachträglich der Werth des versicherten Gegenstandes wesentlich vermindert, so kann der Versicherer Herabsetzung der Versicherungssumme verlangen, muß sich aber dann auch eine entsprechende Herabsetzung der Einlagen für die noch nicht abgelaufene Zeit der Versicherung gefallen lassen.

Auch der Versicherungsnehmer kann bei nachträglicher wesentlicher Werthverminderung des Gegenstandes Herabsetzung der Versicherungssumme und der Einlage verlangen.

Schweiz 327.

§. 14.

Sind in einem Vertrage mehrere Gegenstände oder eine Gesammtheit von Gegenständen unter einer Versicherungssumme begriffen, für einzelne derselben aber besondere Taxen bestimmt, so gelten diese Gegenstände als abgesondert versichert.

Bei der Versicherung einer Gesammtheit von Gegenständen unter

Digitized by Google

einer Taxe treten auch solche Gegenstände der betreffenden Art, die der Versicherungsnehmer im Laufe der Versicherungszeit erwirbt und den übrigen einreiht, in die Versicherung ein.

H.-G.-B. 798. A.B.-B. §. 2 Abs. 2.

§. 15.

Auch der, welcher, ohne Eigenthümer zu sein, an Erhaltung eines Gegenstandes ein rechtliches Interesse hat, kann im Umfange dieses Interesses Versicherung für den Gegenstand nehmen.

§. 16.

Für die in Auftrage oder in Geschäftsführung für einen Andern abgeschlossenen Versicherungsverträge kommen die allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung.

Soweit es im binnenländischen Handelsverkehr üblich ist, Versicherungen „für fremde Rechnung" oder „für Rechnung, wen es angeht" zu schließen, kommen die einschlagenden Vorschriften im 11. Titel des Handelsgesetzbuches sinnentsprechend zur Anwendung.

§. 17.

Hat Jemand für denselben Gegenstand mehrere Versicherungen genommen, so kann er nach seiner Wahl jeden Versicherer aus dessen Versicherung in Anspruch nehmen. Jedoch wird im Umfange des von dem einen Versicherer geleisteten Wertherſatzes auch jeder andere Versicherer befreit.

Der Versicherer, der dem Versicherungsnehmer Zahlung geleistet hat, hat wider die übrigen Versicherer einen Anspruch auf Ausgleichung, dergestalt, daß sämmtliche Versicherer den Schaden nach Verhältniß ihrer Versicherungssummen zu tragen haben.

Dresden 978. (Anders: H.-G.-B. 792. Preußen 333. Bayern 809. Schweiz 329. A.B.-B. §. 5 Nr. 2.)

§. 18.

Handelt es sich um die Versicherung gegen einen Unfall, auf dessen Eintritt der Versicherer einzuwirken in der Lage ist, so darf dieser eine zweite Versicherung, durch die eine höhere Versicherungssumme ausbedungen wird, nur mit Zustimmung des ersten Versicherers nehmen. Unterläßt er, diese Zustimmung einzuholen, so wird der erste Versicherer durch Abschluß der zweiten Versicherung frei.

Digitized by Google

Desgleichen ist in einem Falle der vorbezeichneten Art die zweite Versicherung für den Versicherer unverbindlich, wenn der Versicherungsnehmer bei der ersten Versicherung eine höhere Versicherungssumme ausbedungen und davon dem zweiten Versicherer vor Abschluß des Vertrages keine Kenntniß gegeben hat.

§. 19.

Auf die Gültigkeit eines Versicherungsvertrages ist es ohne Einfluß, daß zur Zeit des Abschlusses desselben die Möglichkeit des Eintritts eines zu ersetzenden Schadens schon ausgeschlossen, oder daß der zu ersetzende Schaden bereits eingetreten war.

Waren jedoch beide Theile von dem wahren Sachverhalte bereits unterrichtet, so ist der Vertrag als Versicherungsvertrag ungültig.

Wußte nur der Versicherer, daß die Möglichkeit des Eintritts des Schadens schon ausgeschlossen sei, so hat er keinen Anspruch auf die Einlage, muß auch die schon empfangene Einlage zurückerstatten.

Wußte nur der Versicherungsnehmer, daß der zu ersetzende Schaden schon eingetreten sei, so hat er keinen Anspruch auf die Versicherungssumme, muß aber die Einlage entrichten. Die Kenntniß des Versicherungsnehmers von dem Eintritt des Schadens wird vermuthet, wenn seitdem so viel Zeit verflossen ist, daß er davon unterrichtet sein konnte.

H.-G.-B. 789. Preußen 344 Nr. 5. Schweiz 333—335. Preußen 344 (Schluß).

§. 20.

Bei Abschluß des Vertrages durch einen Vertreter kann der gegenüberstehende Theil sowohl auf die Kenntniß des Vertreters, als auf die des Vertretenen einen Einwand aus §. 19 gründen.

Die Kenntniß des Vertretenen kommt jedoch nicht in Betracht, wenn dieser ohne eine solche Kenntniß zum Abschluß des Vertrages Auftrag ertheilte, auch nicht in der Lage war, von der seitdem erlangten Kenntniß den Vertreter zu benachrichtigen.

H.-G.-B. 789.

§. 21.

Der Versicherungsvertrag wird hinfällig, wenn der versicherte Gegenstand noch vor der Zeit, für welche die Versicherung genommen

Digitized by Google

ist, untergeht, oder wenn das versicherte Unternehmen unterbleibt oder bis nach Ablauf der gedachten Zeit verschoben wird, oder wenn das Interesse, für das die Versicherung genommen worden ist, wegfällt.

Ist aus Irrthum für den nämlichen Gegenstand eine doppelte Versicherung genommen, so darf der Versicherungsnehmer jeden Vertrag im Umfange der Hälfte der geringsten Versicherungssumme als hinfällig anfechten.

Bei Hinfälligkeit des Vertrages kann für dessen Abschluß der Versicherer eine angemessene Geschäftsgebühr beanspruchen. Er verzichtet auf solche, wenn er die gezahlte Einlage, ohne die Geschäftsgebühr abzuziehen, zurückzahlt.

Dresden 987. H.-G.-B. 899. Preußen 347. Bayern 824. H.-G.-B. 899. Preußen 348.

§. 22.

Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, vor Abschluß des Vertrages auf gehöriges Befragen über alle ihm bekannten, für die Größe der zu übernehmenden Gefahr erheblichen Thatsachen dem Versicherer Auskunft zu geben.

Verschweigt der Versicherungsnehmer eine ihm bekannte erhebliche Thatsache, so haftet der Versicherer für den eingetretenen Schaden nur dann, wenn erhellt, daß der Unfall mit der verschwiegenen Thatsache außer ursachlichem Zusammenhange steht.

Bei Abschluß des Vertrages mit einem Vertreter des Versicherungsnehmers kann auch auf dessen Verschweigen einer erheblichen Thatsache der Einwand gegründet werden.

Der Einwand ist ausgeschlossen, wenn die verschwiegene Thatsache dem Versicherer oder seinem Vertreter bekannt war oder als ihnen bekannt vorausgesetzt werden durfte.

H.-G.-B. 810. Landrecht §. 2026. Preußen 346. Bayern 823. Dresden 964 ff. Schweiz 324 ff. A.V.-V. §. 3. R.-G.-E. 22 S. 207.

§. 23.

Der zweite Absatz des §. 22 kommt sinnentsprechend zur Anwendung, wenn der Versicherungsnehmer oder sein Vertreter vor Abschließung des Vertrages unrichtige Thatsachen angiebt, die für die Größe der zu übernehmenden Gefahr erheblich sind. Es be-

Digitized by Google

gründet keinen Unterschied, ob die unrichtige Angabe wissentlich oder aus Irrthum, mit oder ohne Verschulden gemacht ist.

Der Einwand ist ausgeschlossen, wenn dem Versicherer oder seinem Vertreter der richtige Sachverhalt bekannt war oder bekannt sein mußte, oder wenn der Versicherer oder sein Vertreter selbst die unrichtige Angabe veranlaßt hat.

H.-G.-B. 813. Dresden 967. R.-G.-E. 10 Nr. 43.

§. 24.

Der Versicherer, der im Laufe der Versicherung Kenntniß von einer noch andauernden Thatsache erhält, bezüglich deren dem Versicherungsnehmer nach den §§. 22 oder 23 der Vorwurf des Verschweigens oder der unrichtigen Angabe trifft, kann nach seiner Wahl Auflösung des Vertrages oder entsprechende Erhöhung der Einlage für die Folgezeit begehren.

Will der Versicherungsnehmer die begehrte höhere Einlage nicht entrichten, so kann auch er Auflösung des Vertrages begehren.

Erfolgt die Auflösung des Vertrages, so kann der Versicherte, insofern ihm nicht bei seinem Verschweigen oder der von ihm gemachten unrichtigen Angabe Arglist zu Last fällt, Rückerstattung des gezahlten oder Befreiung von der noch nicht gezahlten Einlage für die noch nicht abgelaufene Versicherungszeit beanspruchen.

(S. die vorigen Anführungen.)

§. 25.

Im Laufe der Versicherung darf der Versicherungsnehmer an dem Gegenstande der Versicherung oder in seinen auf diesen Gegenstand bezüglichen Einrichtungen keine Aenderungen treffen oder, so viel an ihm liegt, geschehen lassen, durch welche die vom Versicherer übernommene Gefahr wesentlich erhöht wird. Thut er es dennoch, so kommt §. 22 Abs. 2 sinnentsprechend zur Anwendung.

Zeigt der Versicherungsnehmer die getroffene Veränderung dem Versicherer an, oder erfährt dieser davon in anderer Weise, so kommt §. 24 sinnentsprechend zur Anwendung.

Landrecht §. 2117. Preußen 352, 355. A.V.-V. §. 5 Nr. 1.

§. 26.

In dem Geschäftsplan oder in dem abgeschlossenen Vertrage können bestimmte außerordentliche, die Gefahr wesentlich erhöhende

Digitized by Google

Thatsachen als solche bezeichnet werden, deren Bestehen, auch wenn sie bei Abschluß des Vertrages unwissentlich verschwiegen sind oder nachträglich ohne Zuthun des Versicherten eintreten, auf die Versicherung einwirkt. Die daran geknüpfte Folge darf jedoch nicht über die in §. 22 Abs. 2 und §. 24 bestimmte Folge verschwiegener Thatsachen hinausgehen.

Schweiz 337.

§. 27.

Wenn der Versicherer im Laufe der Versicherung von einer Thatsache, die ihm die in §. 24 bezeichneten Befugnisse giebt, Kenntniß erhält, so ist er verpflichtet, ohne Säumniß dem Versicherungsnehmer zu erklären, von welchem der ihm nach §. 24 zustehenden Rechte er Gebrauch machen will; widrigenfalls er dem Versicherten vorläufig in vollem Umfange verhaftet bleibt.

Nimmt der Versicherer, nachdem er von einer Thatsache der gedachten Art bereits Kenntniß erlangt hat, von dem Versicherungsnehmer die Zahlung einer weiteren Einlage ohne Vorbehalt an, so wird angenommen, daß er aus der gedachten Thatsache keinen Einwand gegen die Versicherung erheben wolle.

Schweiz 341.

§. 28.

Veräußert der Versicherungsnehmer den Gegenstand der Versicherung, so gehen seine Rechte aus der bestehenden Versicherung auf den Erwerber über. Jedoch hat dieser auch die an die Versicherung geknüpften Verpflichtungen, insbesondere die Zahlung der weiter fällig werdenden Einlagen zu übernehmen. Er hat sich hierzu auf Erfordern des Versicherers urkundlich zu verpflichten. Verweigert der Erwerber den Eintritt in die Verpflichtungen, so kann der Versicherer die Versicherung für erloschen erklären.

Treten durch die Veräußerung wesentliche Veränderungen bezüglich der übernommenen Gefahr ein, so kommen die §§. 25 bis 27 zur Anwendung.

Versicherte bewegliche Sachen treten aus der Versicherung heraus, wenn sie in Folge der Veräußerung in andere Räumlichkeiten übergeführt werden. Die bereits gezahlte Einlage braucht der Versicherer nicht zu erstatten.

Landrecht §. 2163. Preußen 343, 361, 378. H.-G.-B. 904. Bayern 822. Dresden 984. Schweiz 328. A.B.-B. §. 5 Nr. 3, 4.

Digitized by Google

§. 29.

Wird gegen den Versicherungsnehmer der Konkurs eröffnet, so kommt §. 28 sinnentsprechend zur Anwendung. Insofern nicht der Konkursverwalter Namens der Konkursmasse in die Versicherung eintritt, kann der Versicherer seine Ansprüche aus der Versicherung konkursmäßig geltend machen.

§. 30.

Wird gegen den Versicherer der Konkurs eröffnet, so gilt der Versicherungsvertrag als erloschen. Jedoch haftet die Konkursmasse für einen eintretenden Schaden auch dann noch, wenn zu Gunsten des Versicherungsnehmers die Voraussetzungen des §. 7 Absatz 2 und 3 der deutschen Konkursordnung vorliegen.

Der Versicherungsnehmer kann, wenn ihm bereits ein Schadensersatzanspruch aus der Versicherung erwachsen ist, diesen Anspruch, außer diesem Falle aber den Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Einlage für die noch nicht abgelaufene Zeit der Versicherung konkursmäßig geltend machen.

Schweiz 339. H.-G.-B. 903.

§. 31.

Hat der Versicherer für eine von ihm eingegangene Versicherung eine Rückversicherung genommen, so gehen bei eintretendem Konkurse des Versicherers dessen Ansprüche aus der Rückversicherung auf den ersten Versicherungsnehmer über.

Der Konkursverwalter ist verpflichtet, dem Versicherungsnehmer auf dessen Kosten eine beglaubigte Anerkennungsurkunde über den Eintritt in die Rechte aus der Rückversicherung zu ertheilen.

Landrecht §. 2023. A.-G.-E. 5 Nr. 31. (H.-G.-B. 808 Abs. 2.)

§. 32.

Der Geschäftsplan kann bestimmen, daß bei Säumniß des Versicherungsnehmers in Entrichtung laufender Einlagen die Pflicht zur Entschädigung bis zu nachgeholter Zahlung der Einlage ruhe oder daß die Versicherung überhaupt verfalle oder für verfallen erklärt werden könne.

Der Geschäftsplan muß, wenn er eine solche Bestimmung enthält, zugleich genau bestimmen, wann, wie und wo die Zahlung der Einlagen geschehen soll.

Digitized by Google

Es muß den Versicherten zur Bewirkung der Zahlung eine Frist von mindestens 14 Tagen, bei monatlichen Einlagen von mindestens 7 Tagen, vom Tage der Fälligkeit an offen bleiben.

Mit Verfall der Versicherung hört auch die Pflicht des Versicherungsnehmers zur Zahlung weiterer Einlagen auf.

Schweiz 336. Dresden 987. A.V.-V. §. 4 Abs. 2. R.-G.-E. 22 S. 51.

§. 33.

Bei Eintritt des Unfalls ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, so weit als thunlich für Abwendung des Schadens zu sorgen. Seine hieraus erwachsenden Rechte und Pflichten bestimmen sich nach den für die Führung fremder Geschäfte geltenden Regeln.

H.-G.-B. 823. Preußen 339. Bayern 816. Dresden 972. A.V.-V. §. 6 Abs. 2.

§. 34.

Von dem eingetretenen Unfalle hat der Versicherungsnehmer sobald als thunlich dem Versicherer Anzeige zu machen; widrigenfalls er für den durch die Säumniß verursachten Schaden haftet.

Der Geschäftsplan kann für diese Anzeige nähere Bestimmungen treffen.

H.-G.-B. 822. Preußen 339. Bayern 816. Dresden 972. A.V.-V. §. 6 Abs. 1, §. 10.

§. 35.

Ist der Gegenstand der Versicherung nur theilweise untergegangen oder nur beschädigt, so erhält der Versicherungsnehmer nur einen entsprechenden Theil des Werthes oder der Versicherungssumme als Schadensersatz.

Ist jedoch der Gegenstand durch den Untergang eines Theiles oder durch die Beschädigung für den Versicherungsnehmer wirthschaftlich werthlos geworden, so kann dieser verlangen, daß ihm gegen Ueberlassung des Gegenstandes der ganze Werth ersetzt oder die ganze Versicherungssumme gezahlt werde.

Auch der Versicherer kann verlangen, daß, wenn als Ersatz für die Beschädigung einer beweglichen Sache mehr als die Hälfte ihres Werthes gefordert wird, ihm gegen Zahlung des ganzen Werthes die Sache überlassen werde.

Digitized by Google

§. 36.

Nach eingetretenem Unfalle hat der Versicherungsnehmer sobald als thunlich eine Berechnung seines Schadens dem Versicherer einzureichen.

Der Geschäftsplan kann bestimmen:

1. daß die Einreichung binnen einer bestimmten Frist erfolgen muß;
2. daß der Versicherungsnehmer bestimmte Belege, sofern ihm für deren Beschaffung ausreichende Mittel zu Gebote stehen, beizubringen habe;
3. daß die Abschätzung des Schadens nach einer bestimmten Vereinbarung stattzufinden habe;
4. daß eine Ueberberechnung, insofern sie nicht als auf entschuldbarem Irrthum beruhend nachgewiesen wird, durch einen Abzug an der Entschädigung gestraft werde. Der Strafabzug darf jedoch den Betrag der Ueberberechnung nicht übersteigen.

H.-G.-B. 886. A.V.-B. §§. 9, 10.

§. 37.

Sind die unter einer einheitlichen Versicherungssumme begriffenen Sachen nur theilweise untergegangen, so kann der Versicherungsnehmer seine Entschädigung in der Weise berechnen, daß er die Versicherungssumme abzüglich des Werthes der noch vorhandenen Sachen in Anspruch nimmt. Der Anspruch gilt als begründet, insofern nicht der Versicherer beweist, daß die untergegangenen Sachen einen geringeren Werth gehabt haben.

Legt der Versicherungsnehmer seiner Berechnung den Werth der untergegangenen Sachen zu Grunde, so kann der Versicherer verlangen, daß der Versicherungsnehmer zunächst ein Verzeichniß der noch vorhandenen Sachen unter Angabe des Werthes derselben aufstelle. Beträgt alsdann der für die untergegangenen Sachen geforderte Werth, zusammengerechnet mit dem Werth der noch vorhandenen Sachen, mehr als die Versicherungssumme, so kann der Versicherer Herabminderung des geforderten Werthes nach Verhältniß der Versicherungssumme zu dem Gesammtwerth der Sachen beanspruchen.

Digitized by Google

Der Versicherungsnehmer hat die Vollständigkeit des von ihm aufgestellten Verzeichnisses der noch vorhandenen Sachen auf Verlangen des Versicherers eidlich zu erhärten.

Die vorstehenden Bestimmungen kommen sinnentsprechend zur Anwendung, wenn von einer einheitlich versicherten Sache nur ein Theil untergegangen ist.

Dresden 974, 977. Preußen 335, 350, 360. Bayern 818. A.V.-V. §. 8.

§. 38.

Behufs Feststellung des durch den Unfall zugefügten Schadens sind die Amtsgerichte verpflichtet, auf gemeinsamen Antrag von Versicherer und Versicherungsnehmer innerhalb ihres Amtsbezirkes Augenscheine einzunehmen, Zeugen und Sachverständige, auf Antrag eidlich, zu vernehmen, auch die Ableistung eines vereinbarten Eides von der einen oder andern Partei entgegenzunehmen.

An Gerichtskosten wird für die Beweisaufnahme des Entschädigungsfalles, neben Ersatz der nothwendigen Auslagen, die Hälfte der Beweisgebühr erhoben.

Die Kosten hat derjenige vorzulegen, den bezüglich des streitigen Punktes die Beweislast treffen würde. Fällt die Beweisführung zu seinen Gunsten aus, so ist der andere Theil ihm die Kosten zu ersetzen schuldig.

§. 39.

Der Versicherungsnehmer verliert seinen Anspruch auf Entschädigung, wenn er selbst oder seine bei ihm lebenden Familienglieder absichtlich oder durch grobes Verschulden den Schaden herbeigeführt haben.

Dresden 971. Schweiz 337. Landrecht §§. 2235 ff. Preußen 337. H.-G.-B. 825. Bayern 817. A. V.-V. §. 10.

§. 40.

Der Versicherer, der dem Versicherungsnehmer den Schaden vergütet hat, tritt im Umfange der geleisteten Vergütung in die Rechte ein, die dem Versicherungsnehmer wider den Urheber des Schadens zustehen.

Der Versicherungsnehmer darf durch keine Handlung diese Rechte beeinträchtigen.

Digitized by Google

Der Versicherer kann verlangen, daß ihm auf seine Kosten von dem Versicherungsnehmer eine beglaubigte Urkunde über den Eintritt in dessen Rechte ausgestellt werde.

Die Vorschrift des ersten Absatzes findet keine Anwendung, wenn der Urheber des Schadens zu den in §. 39 bezeichneten Familiengliedern des Versicherungsnehmers gehört.

H.-G.-B. 808. Preußen 342. Bayern 821. Dresden 985. A. V.-B. §. 11 Abs. 3. R.-G.-E. 22 S. 147.

§. 41.

Ist die vom Eigenthümer versicherte Sache einem Pfandrechte oder einer anderen Realforderung unterworfen, so kann der Gläubiger verlangen, daß die zu leistende Entschädigung zur Wiederherstellung einer gleichartigen, seinem Rechte zu unterwerfenden Sache verwendet und nur unter Sicherheitsleistung hierfür an den Eigenthümer ausgezahlt werde. Ist eine solche Wiederherstellung nicht thunlich, so haftet die zu leistende Entschädigung zunächst dem Gläubiger für seine Forderung.

Der Gläubiger hat zur Wahrung seiner Rechte seinen Anspruch bei dem Versicherer anzumelden.

Ist die Forderung des Gläubigers im Grundbuche eingetragen, so bedarf es keiner Anmeldung.

Mehrere vorhandene Gläubiger sind auf die Entschädigungsgelder in der Reihenfolge berechtigt, in welcher sie aus der Sache selbst zu befriedigen gewesen wären.

A. V.-B. §. 12. R.-G.-E. 22 S. 35, 25 S. 219.

§. 42.

Geht der Entschädigungsanspruch für den versicherten Eigenthümer zur Strafe verloren (§. 39), so kann gleichwohl der Realgläubiger, wenn ihn nicht ein gleiches Verschulden trifft, im Umfange seiner Forderung und gegen Abtretung seiner Rechte die Entschädigung in Anspruch nehmen.

Ist das Recht des versicherten Eigenthümers mit den nach §. 32 eintretenden Rechtsnachtheilen bedroht, so wirkt die Säumniß des Eigenthümers in Entrichtung der Einlage gegen die dem Versicherer bekannten oder im Grundbuch eingetragenen Realgläubiger erst dann, wenn diese nicht auf Aufforderung des Versicherers

Digitized by Google

binnen 14 Tagen die Zahlung der rückständigen Einlage für den Eigenthümer nachholen.

A. V.-V. §. 12.

§. 43.

Eine Abtretung der Rechte des Versicherungsnehmers vor Eintritt eines Unfalls ist nur in Verbindung mit der Uebertragung der versicherten Sache zulässig (§. 28).

Nach Eintritt des Unfalls ist eine Abtretung des Entschädigungsanspruchs dem Versicherer gegenüber erst wirksam, nachdem dieser Anspruch durch Anerkennung oder rechtskräftiges Urtheil festgestellt ist.

Auf den Fall, daß durch Konkurserkennung die Rechte des Versicherungsnehmers auf die Gläubigerschaft übergehen, findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Eine Abtretung des Entschädigungsanspruchs hat keine Wirksamkeit zum Nachtheil der Realgläubiger.

A. V.-V. §. 8 Abs. 3.

§. 44.

Nach Eintritt eines Unfalls haftet der Versicherer bis zur Eingehung einer neuen Versicherung für den durch einen weiteren Unfall herbeigeführten Schaden im Zweifel nur mit dem Restbetrage der Versicherungssumme. Der Geschäftsplan kann bestimmen, daß jeder eingetretene Unfall die Aufhebung der Versicherung oder deren alsbaldige Kündbarkeit zur Folge haben solle.

A.V.-V. §. 13.

III. Lebensversicherung.

§. 45.

Durch die Lebensversicherung wird eine Leistung versprochen, die sich an das Ableben eines bestimmten Menschen knüpft.

Der Geschäftsplan hat die einzelnen Arten der zu gewährenden Versicherungen genau zu bezeichnen.

Die Versicherung kann für den Todesfall des Versicherungsnehmers oder eines Dritten genommen werden.

Die Zahlung der Versicherungssumme kann für den Versicherungsnehmer oder zu Gunsten eines Dritten ausbedungen sein.

Digitized by Google

Die Versicherungssumme kann in einer Kapital- oder in einer Rentenzahlung bestehen.

§. 46.

Hat jemand sein Leben für eine Kapitalzahlung versichert, so wird damit eine Forderung begründet, die mit dem Tode des Versicherungsnehmers fällig wird.

Ist in dem Versicherungsschein nicht ein Dritter als empfangsberechtigt benannt, so gilt die Versicherung als auf den Versicherungsnehmer selbst gestellt.

Dies gilt auch, wenn in dem Versicherungsschein die „Erben" oder die „Rechtsnachfolger" des Versicherungsnehmers als empfangsberechtigt bezeichnet sind.

Schweiz 345.

§. 47.

Ist der Versicherungsschein auf den Versicherungsnehmer selbst gestellt, so kann dieser über den Anspruch aus der Versicherung sowohl unter Lebenden, als auch von Todeswegen verfügen. Die Uebertragung des Anspruchs unter Lebenden zum Eigenthum oder zum Pfande kann nur mittelst schriftlicher Urkunde und unter Uebergabe des Versicherungsscheines erfolgen. Soweit der Versicherungsnehmer nicht unter Lebenden über den Anspruch verfügt hat, bildet dieser einen Theil seines Nachlasses.

§. 48.

Ist der Versicherungsschein auf einen Dritten als Empfangsberechtigten gestellt, so kann der Versicherungsnehmer, so lange er lebt, in der Art darüber verfügen, daß er den Versicherungsschein auf sich selbst oder eine andere dritte Person umschreiben läßt. Einem hierauf gerichteten Begehren des Versicherungsnehmers hat der Versicherer gegen Zahlung einer Geschäftsgebühr ohne Säumniß Folge zu geben.

Mit dem Tode des Versicherungsnehmers geht der Anspruch aus der Versicherung auf den benannten Dritten unwiderruflich über.

Schweiz 345.

§. 49.

Der Versicherungsnehmer kann, so lange er nicht die Rechte aus der Versicherung übertragen hat, jederzeit auf den Anspruch aus

Digitized by Google

der Versicherung verzichten. Es macht keinen Unterschied, ob der Versicherungsschein auf ihn selbst oder auf einen Dritten gestellt ist. Mit dem Verzicht hört die Verpflichtung zur Zahlung weiterer Einlagen auf.

§. 50.

Mehrere Versicherungsnehmer können über den Anspruch aus der Versicherung nur gemeinschaftlich verfügen.

§. 51.

Als empfangsberechtigt können mehrere Personen nebeneinander oder ersatzweise benannt werden. Ihre Berechtigung auf die Versicherungssumme ist alsdann der Berechtigung mehrerer an demselben Vermächtnisse betheiligter Personen entsprechend zu beurtheilen.

§. 52.

Stirbt der als empfangsberechtigt benannte Dritte vor dem Versicherungsnehmer, so fällt der Anspruch aus der Versicherung an den Versicherungsnehmer zurück. Dieser kann jedoch unter Lebenden nur in der durch §. 48 Absatz 1 bestimmten Form darüber verfügen.

Nimmt der benannte Dritte die Versicherungssumme nicht an, so fällt sie dem Nachlaß des Versicherungsnehmers zu.

§. 53.

Ist der Versicherungsschein auf einen Dritten gestellt, so kann diesem der Versicherungsnehmer den Anspruch aus der Versicherung mittels Uebergabe des Versicherungsscheines zu selbständigem Rechte übertragen. Für den im Besitze des Versicherungsscheins befindlichen Dritten gilt die Vermuthung, daß er den Anspruch vom Versicherungsnehmer zum Eigenthum übertragen erhalten habe. Ist der Schein auf mehrere dritte Personen gestellt, so gilt, wenn eine dieser Personen im Besitz sich befindet, im Zweifel der Anspruch auch auf die übrigen darin benannten Personen als übertragen.

Im Falle der Uebertragung auf den Dritten bildet der Versicherungsanspruch ein dem Dritten selbständig erworbenes Forderungsrecht, über das der Versicherungsnehmer nicht mehr zum Nachtheil des Dritten verfügen kann.

§. 54.

Solange der Versicherungsnehmer den Anspruch aus der Versicherung noch nicht einem Dritten übertragen hat (§§. 47, 53),

Digitized by Google

kann dieser Anspruch bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers von dessen Gläubiger zu ihrer Befriedigung herangezogen werden.

Dasselbe gilt nach dem Tode des Versicherungsnehmers, wenn der Versicherungsschein auf den Versicherungsnehmer selbst gestellt ist.

Hat der Versicherungsnehmer den Anspruch aus der Versicherung bereits einem Dritten übertragen (§§. 47, 53), so können die Gläubiger diese Uebertragung anfechten, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen zum Nachtheil der Gläubiger eingegangene Rechtsgeschäfte angefochten werden können.

Außerdem können bei überschuldetem Nachlaß die Gläubiger stets Befriedigung aus der Versicherungssumme insoweit in Anspruch nehmen, als von dem Versicherungsnehmer Einlagen auf die Versicherung in bewußter Benachtheiligung der Gläubiger gezahlt sind.

R.-G.-E. 14 Nr. 6, 16 Nr. 25.

§. 55.

Gläubiger, die für eine ihnen haftende Versicherung die laufenden Einlagen gezahlt haben, dürfen den Betrag der gezahlten Einlagen nebst Zinsen aus der eingehenden Versicherungssumme zu ihrer Befriedigung wegen dieser Zahlung vorweg nehmen.

§. 56.

Hat Jemand in anderer als der in § 46 Absatz 1 bezeichneten Weise für sein Leben Versicherung genommen, so finden die Bestimmungen der §§. 46 bis 55 sinnentsprechend darauf Anwendung.

Jedoch ist ein Verzicht auf die Versicherung mit der Wirkung der Befreiung von der Pflicht, weitere Einlagen zu zahlen (§. 51), ausgeschlossen, wenn nach den Bedingungen der Versicherung es nicht feststeht, daß die Versicherungssumme zu irgend einer Zeit gezahlt werden muß.

Eine Aenderung in der Person des Empfangsberechtigten kann, wenn dadurch die vom Versicherer übernommene Gefahr eine Aenderung erleidet, nur mit Zustimmung des Versicherers erfolgen.

Dies gilt insbesondere:

wenn die Versicherung ausdrücklich auf den Fall des Ueberlebens des Empfangsberechtigten gestellt ist;

wenn die Versicherungssumme in einer an die Lebensdauer des Empfangsberechtigten geknüpften Rente besteht.

Digitized by Google

§. 57.

Auf den Fall des Ablebens eines Dritten kann die Zahlung einer Versicherungssumme ausbedungen werden,

1. wenn der Dritte dazu einwilligt,
2. wenn der Versicherungsnehmer und der Dritte in dem Verhältniß von Eltern und Kindern oder von Ehegatten zu einander stehen;
3. wenn der Versicherungsnehmer an dem Fortleben des Dritten ein rechtliches Interesse hat; insbesondere wenn dieser sein Schuldner ist.

Dresden 958. Preußen 380. Bayern 627. Schweiz 344.

§. 58.

Bei der Versicherung des Lebens eines Dritten kann der Versicherungsnehmer den Anspruch aus der Versicherung nur auf einen solchen übertragen, bei dem gleichfalls eine der in §. 57 bezeichneten Bedingungen vorliegt.

Nur ein solcher kann auch in dem Versicherungsschein als dritter Empfangsberechtigter benannt werden.

§. 59.

Bei der Lebensversicherung unterliegt die Höhe der Versicherungssumme keiner Beschränkung. Mehrere auf das Leben desselben Menschen genommene Versicherungen sind je voll auszuzahlen.

Jedoch kann eine nach §. 57 Nr. 3 gültige Lebensversicherung nur im Umfange des dem Versicherungsnehmer zustehenden rechtlichen Interesses genommen werden. Auf mehrere Versicherungen dieser Art findet §. 17 Anwendung.

Dresden 980. Preußen 382.

§. 60.

Die §§. 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 32 finden auch auf die Lebensversicherung Anwendung.

§. 61.

Ist bei Abschluß des Vertrages das Leben des Versicherten zu niedrig angegeben, so wird die Versicherungssumme auf das dem

Digitized by Google

wirklichen Alter und den gezahlten Einlagen entsprechende Maß herabgesetzt.

§. 62.

Der Geschäftsplan kann anordnen:

daß bestimmte Veränderungen in der Lebensführung des Versicherten ein zeitliches Beruhen oder eine gänzliche Aufhebung der Versicherung zur Folge haben;

daß bei bestimmten Todesarten die Versicherung verfallen sein soll.

Dresden 973. Landrecht §. 1970. R.-G.-E. 18 Nr. 27.

§. 63.

Selbstmord des Versicherten darf nicht als Grund des Verfalls der Versicherung gelten, wenn der Selbstmord durch Körper- oder Geisteskrankheit veranlaßt ist; es sei denn, daß erweislich der Verstorbene schon zur Zeit der Versicherungsnahme mit dem Gedanken des Selbstmords umgegangen ist. Dies ist zu vermuthen, wenn der Selbstmord innerhalb von sechs Monaten nach der Anmeldung zur Versicherung erfolgt ist.

Dresden 973. Schweiz 346. R.-G.-E. 4 Nr. 46. Entsch. des R.-O.-H.-G. 18 Nr. 55.

§. 64.

Der Versicherungsnehmer, sowie auch der dritte Empfangsberechtigte, verliert seinen Anspruch aus der Versicherung, wenn er selbst den Tod des Versicherten absichtlich herbeigeführt hat.

§. 65.

Der, welcher den Anspruch aus einer Lebensversicherung zum Eigenthum oder als Pfand übertragen erhalten hat (§§. 47, 53), ist befugt, seinen Erwerb bei dem Versicherer anzumelden. Für die Entgegennahme der Anmeldung darf der Versicherer eine Geschäftsgebühr erheben. Die Anmeldung verpflichtet den Versicherer, bei der ersten mit Verfall der Versicherung bedrohten Säumniß des Versicherungsnehmers in Entrichtung der Einlage (§. 32) den Erwerber zu benachrichtigen, mit der Aufforderung, die Zahlung für den Versicherungsnehmer binnen 14 Tagen nachzuholen. Erst nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist unterliegt der Erwerber dem angedrohten Verfalle.

Digitized by Google

§. 66.

Ein Betrieb für Lebensversicherung unterliegt der Konkurserkennung, wenn nach sachverständigem Urtheile der Vermögensbestand des Versicherers nicht ausreicht, um die übernommenen Verbindlichkeiten vollständig zu erfüllen. Mit der Konkurseröffnung hört die Pflicht zur Zahlung von Einlagen auf. Ansprüche aus der Versicherung, die bereits fällig geworden sind, sind konkursmäßig zu befriedigen. Zur Schadloshaltung für Ansprüche aus der Versicherung, die noch nicht fällig geworden sind, können die Versicherungsnehmer die für die Versicherung gezahlten Einlagen konkursmäßig zurückfordern; jedoch nicht über den Betrag der bedingungsweise ihnen zu zahlenden Versicherungssumme hinaus. Sind bereits Theilzahlungen aus der Versicherung geleistet, so sind diese auf die gezahlten Einlagen abzurechnen.

§. 67.

Die Vorschriften über Lebensversicherung finden auch Anwendung auf Verträge, durch welche die Erwerbsfähigkeit eines Menschen versichert wird, sowie auf die Geschäfte der Anstalten, die gegen Leistung von Einlagen bei Eintritt eines, überhaupt oder der Zeit nach ungewissen Ereignisses eine Geldleistung zusichern.

Dresden 958.

IV. Schlußbestimmungen.

§. 68.

Die Klage auf Zahlung der Versicherungssumme verjährt in drei Jahren nach Eintritt des die Zahlpflicht bedingenden Ereignisses.

Durch den Geschäftsplan kann diese Frist bis auf ein Jahr herabgesetzt werden.

Die Klage auf die einzelnen Renten, sowie auf die zu zahlenden Einlagen, verjährt nach den allgemein geltenden gesetzlichen Bestimmungen.

Preußen 349. Dresden 989. Bayern 826. Schweiz 340. A. V.-B. §. 11 Abs. 4.

§. 69.

Wo geschäftsplanmäßig die Erhaltung eines Rechtes aus der Versicherung an die Einhaltung einer bestimmten Frist geknüpft ist,

Digitized by Google

ist gleichwohl die Nichteinhaltung der Frist für entschuldigt zu halten, wenn dieselbe durch ein Naturereigniß oder einen andern unabwendbaren Zufall herbeigeführt ist, auch nach Wegfall des Hindernisses die versäumte Handlung, so weit dies noch möglich und von Interesse ist, ohne Säumniß nachgeholt wird.

Diese Bestimmung gilt auch für die nach §. 68 Absatz 2 herabgesetzte Verjährungsfrist.

§. 70.

Ist der Abschluß eines Versicherungsvertrages innerhalb Deutschlands durch einen an einem bestimmten Orte ansässigen ständigen Geschäftsführer vermittelt, so ist der Wohnort dieses Geschäftsführers Zahlungsort für die Versicherungssumme. Vereinbarungen, die den hierdurch nach §. 29 der Civilprozeß-Ordnung begründeten Gerichtsstand ausschließen, sind ungültig.

Zahlungsort für die Einlage ist der Wohnort des Versicherungsnehmers, unbeschadet einer vertragsmäßigen Verpflichtung desselben, die Einlagen auf seine Gefahr, und Kosten an den Versicherer zu übersenden. Dies gilt auch für die Einlagen, die die Mitglieder einer auf Gegenseitigkeit gegründeten Gesellschaft zu zahlen haben. Der Gerichtsstand des §. 23 der Civilprozeß-Ordnung ist dabei ausgeschlossen.

Absatz 2 kommt nicht zur Anwendung, wenn der Versicherungsnehmer seinen Wohnsitz im Auslande hat.

A. V.-V. §. 15.

§. 71.

Auch die Inhaber bestehender Versicherungsbetriebe haben bis zu dem Zeitpunkte, wo dieses Gesetz in Kraft tritt, den Vorschriften in §. 2 Absatz 2 und §. 3 Genüge zu leisten.

Bestimmungen der bestehenden Geschäftspläne, die den Bestimmungen dieses Gesetzes widersprechen, treten von dem gedachten Zeitpunkte an für neue oder erneuerte Versicherungen außer Wirksamkeit.

§. 72.

Auf Versicherungsbetriebe, die das Reich oder ein deutscher Bundesstaat betreibt, ferner auf solche Versicherungsbetriebe, die bereits eine besondere gesetzliche Regelung erfahren haben, endlich auch auf solche, die in Ausübung eines anderen Hauptgewerbes

Digitized by Google

nur nebenbei betrieben werden, findet dieses Gesetz keine Anwendung.

Für die Seeversicherung verbleibt es bei den Vorschriften des Handelsgesetzbuches.

Begründung.

Rechtsgeschäfte, durch die jemand sich gegen einen befürchteten Nachtheil zu sichern bezweckt, hat es von Alters her gegeben. In diesem allgemeinen Sinne ist z. B. jede Bürgschaft ein Versicherungsvertrag.

Neueren Ursprungs ist dagegen der geschäftsmäßige Betrieb von Rechtsgeschäften, durch die der Eine dem Anderen gegenüber gegen Entgelt eine bestimmte Gefahr übernimmt, indem er für den Fall des Eintritts des gefürchteten Ereignisses sich zu einer Geldzahlung verpflichtet. Nur diesen geschäftsmäßigen Betrieb pflegen wir unter dem Namen des Versicherungswesens zu begreifen; und in diesem Sinne ist durch Artikel 4 Nr. 1 der Reichsverfassung das Versicherungswesen der Reichsgesetzgebung zugewiesen.

Nur mit diesem geschäftsmäßigen Betriebe befaßt sich der obige Gesetzentwurf; und zwar mit der privatrechtlichen Seite desselben, während daneben das Versicherungswesen auch noch einer umfassenden verwaltungsrechtlichen Regelung bedarf. Die privatrechtliche Seite hat den Versicherungsvertrag und die daran sich knüpfenden Folgen zum Gegenstand.

Betrachten wir zunächst den bisherigen Stand der Sache. Während bis zum Anfange dieses Jahrhunderts vorzugsweise öffentliche Versicherungsanstalten bestanden, hat im Laufe der neueren Zeit die Bildung von Privatgesellschaften sich der Sache bemächtigt und dieser eine solche Ausdehnung gegeben, daß heute das Versicherungswesen eine der wichtigsten Gestaltungen unseres wirthschaftlichen Lebens bildet. Es ist gewiß anzuerkennen, daß die Versicherungsgesellschaften im Allgemeinen ihre Aufgabe mit Ernst und Verständniß erfaßt und gelöst haben. Sie haben durch ihre Thätigkeit, zum Theil ohne alle Hülfe der Gesetzgebung, das Versicherungswesen zu einer hohen Vollendung entwickelt, und es ist dadurch eine Fülle werthvollen Stoffes für die Gesetzgebung gesammelt worden.

Digitized by Google

Bei dieser Sachlage ließe sich fragen, ob überhaupt die Gesetzgebung auf diesem Gebiete eine Aufgabe zu erfüllen habe. Bei Schaffung des deutschen Handelsgesetzbuchs lehnte die Kommission in Nürnberg eine Regelung des Versicherungswesens — mit Ausnahme der See-Assekuranz — ab, obwohl der vorgelegte preußische Entwurf eine solche in Anschluß an die Vorschriften des preußischen Landrechts enthielt. Man erachtete die Aufgabe für zu schwierig und glaubte namentlich Gefahr zu laufen, durch eingreifende Vorschriften die Sache in ihrer Entwickelung zu hemmen. In der inzwischen verflossenen Zeit hat jedoch die Sachlage insofern sich geändert, als weit größere Erfahrungen auf dem Gebiete des Versicherungswesens vorliegen. Gleichwohl wird auch jetzt noch die Gesetzgebung nur mit Vorsicht vorzugehen haben. Sie wird die große Menge der Versicherungsbestimmungen der autonomischen Gestaltung überlassen dürfen. Ihre Aufgabe wird im Wesentlichen auf folgende Ziele sich beschränken.

Zunächst wird es die Aufgabe sein, solche Bestimmungen zu treffen, die im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit geboten sind. In dieser Beziehung wird das Gesetz über den Versicherungsvertrag Hand in Hand zu gehen haben mit der verwaltungsrechtlichen Regelung des Versicherungswesens. Und insofern ist es gerechtfertigt, wenn beide Gesetze nur gleichzeitig fertiggestellt werden.

Sodann wird die Gesetzgebung solche Fragen ins Auge zu fassen haben, die regelmäßig außerhalb der autonomischen Normen der Versicherungsgesellschaften liegen. Die Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte hat bereits viele dieser Fragen an die Hand gegeben; so z. B. die vielbestrittene Frage, wem der Anspruch aus der Lebensversicherung zufällt, wenn der Nachlaß des Versicherten überschuldet ist.

Eine andere Art von Fragen, die durch die Gesetzgebung zu lösen sein dürfte, ergiebt sich aus folgender Betrachtung.

Der Versicherungsvertrag ist ein gewagtes Geschäft. Es wird gewagt von beiden Seiten. Es ist möglich, daß der Versicherungsnehmer lange Jahre hindurch seine Einlagen bezahlt, ohne den geringsten Entgelt dafür zu erlangen. Es ist auch möglich, daß nach einmaliger Zahlung einer geringen Einlage der Versicherer eine große Summe herauszahlen muß. Bei solchen gewagten Geschäften ist die Spannung der Interessen weit größer als bei allen

Digitized by Google

anderen. Jeder sucht die in dem Geschäft liegenden Zufälligkeiten möglichst günstig für sich zu gestalten und auszunutzen. Es ist unzweifelhaft, daß öfters Versicherungen auf Spekulation genommen werden; daß Mancher sein Haus oder seinen Hausrath gegen Brandschaden versichert in dem geheimen Gedanken, daß es gar nicht schlimm sei, wenn ihn ein „Brandunglück" treffe, oder daß Mancher, der schon den Todeskeim in sich fühlt, noch schnell eine Lebensversicherung zu gewinnen sucht zur Versorgung seiner Familie. Den Versicherungsgesellschaften ist es nicht übel zu nehmen, wenn sie bemüht sind, solchen Spekulationen möglichst entgegenzutreten. Die Gesetzgebung hat ohne Zweifel die Aufgabe, sie hierin zu schützen und zu unterstützen.

Andererseits ist aber auch nicht zu verkennen, daß die Versicherungsgesellschaften der großen Mehrzahl der Versicherungsnehmer gegenüber sich einer bedeutenden geschäftlichen Ueberlegenheit erfreuen. Die meisten Versicherungsnehmer sind außer Stande, die umfangreichen und verwickelten Geschäftsbedingungen, auf deren Grundlage die Versicherungen abgeschlossen werden, gehörig zu lesen, geschweige denn zu verstehen. Sie versichern sich in dem blinden Vertrauen, das überhaupt einen großen Theil unseres Verkehrslebens beherrscht. Die Versicherungsgesellschaften sind dadurch in der Lage, Versicherungsbedingungen aufstellen zu können, deren Strenge das Bereich ihrer berechtigten Interessen mitunter weit überschreitet. Allerdings haben die Gesellschaften auch ein Interesse, jenes Vertrauen nicht durch übermäßige Strenge zu verscherzen, und deshalb lassen sie sich bei Abwickelung der Geschäfte meistens „coulant" finden. Daß dies aber nicht stets und überall eintritt, beweisen die zahlreichen aus den Versicherungen entspringenden Prozesse, bei welchen die Versicherungsnehmer oft ein kleines Versehen mit unverhältnißmäßigen Nachtheilen büßen sollen. Aufgabe der Gesetzgebung dürfte es sein, aus diesem Gesichtspunkt auch den Schutz der Versicherungsnehmer ins Auge zu fassen und den Versicherungsgesellschaften für die Aufstellung autonomischer Normen, die den Versicherten leicht zu Fallstricken werden können, Schranken zu setzen. Denselben Gesichtspunkt wird freilich auch die verwaltungsrechtliche Regelung des Versicherungswesens vorzugsweise zu beachten haben.

Digitized by Google

Dies sind im Allgemeinen die leitenden Gesichtspunkte, nach denen der obige Entwurf aufgestellt ist.

Für den formalen Aufbau des Entwurfs kam zunächst die Frage in Betracht, wie am besten die aus der Mannigfaltigkeit der Versicherungen sich ergebenden Schwierigkeiten zu überwinden seien. Wenn auch die bereits im Handelsgesetzbuch behandelte See-Assekuranz und die durch besondere Gesetze geregelten Arbeiterversicherungen hier ausscheiden, so bleiben doch noch eine Menge von Versicherungen übrig, die ihrem Gegenstande nach sehr verschieden sind und deshalb besondere Fragen hervorrufen können. Auch ist es möglich, daß früher oder später noch neue Gegenstände unter das Versicherungsgeschäft gezogen werden.

Die vorhandenen Gesetze und Gesetzentwürfe behandeln diese Frage verschieden.

Das preußische Landrecht, Th. II Tit. 8 §§. 1934—2358, handelt „von Versicherung“ ohne Unterschied; in seinen sehr ausführlichen Bestimmungen finden sich neben allgemeinen Vorschriften auch besondere, bald für die eine, bald für die andere Versicherungsart. Der preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (1857) giebt zunächst in den §§. 327—349 allgemeine Vorschriften und handelt dann noch in den §§. 350—384 unter verschiedenen Abschnitten von der Versicherung gegen Feuersgefahr, gegen Hagelschlag, von der Transport- und Lebensversicherung. Der bayerische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs (1861) handelt von dem Versicherungsvertrage in zwei Abtheilungen: Versicherung gegen Prämie (§§. 800 bis 827) und Versicherung auf Gegenseitigkeit (§§. 828, 829). Die Versicherung gegen Prämie zerfällt wieder in zwei Abschnitte: Versicherung gegen Schaden und Lebensversicherung (§. 827). Das sächsische Gesetzbuch enthält keine Bestimmungen über Versicherungsgeschäfte. Der Dresdener Entwurf eines deutschen Obligationenrechts und der Schweizer Entwurf eines Handelsrechts (1865) behandeln die Versicherung nur in einem Abschnitt. Die meisten Bestimmungen betreffen den Versicherungsvertrag überhaupt; jedoch sind Vorschriften über einzelne Versicherungsarten, namentlich über Lebensversicherung, eingestreut. Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland enthält bekanntlich garnichts über Versicherung. Auffallend ist es, daß in fast allen vorgedachten Gesetzen und Entwürfen die

Digitized by Google

Lebensversicherung äußerst dürftig behandelt wird. Vielleicht erklärt sich dies daraus, daß bis dahin diese Art der Versicherung noch nicht eine so große Ausdehnung gewonnen hatte wie heute.

In dem obigen Entwurf ist von folgenden Anschauungen ausgegangen. Zunächst läßt sich eine Anzahl von Bestimmungen aufstellen, die bei allen Arten der Versicherung gleichmäßig Anwendung finden. Was die Sondernatur der verschiedenen Arten betrifft, so knüpft sich diese an zwei Gruppen, die bereits der bayerische Entwurf richtig mit den Worten bezeichnet: Versicherung gegen Schaden und Lebensversicherung. Bei der Versicherung gegen Schaden kommt — nach Ausscheiden der See-Assekuranz — in erster Linie die Versicherung gegen Feuersgefahr in Betracht. Es fällt ferner darunter die Versicherung gegen Hagel- und Frostschaden, die Viehversicherung, Glasversicherung, die Transportversicherung gegen Transportgefahr für Personen und Sachen, und die Rückversicherung. Die Unfallversicherung, die bis vor Kurzem noch in großem Umfange von Privatgesellschaften betrieben wurde, hat jetzt durch die Zwangsversicherung der Arbeiter gegen Unfall wesentlich an Bedeutung verloren. Allen diesen Versicherungsarten lassen sich gleichmäßige Bestimmungen zu Grunde legen. Wenn der preußische Entwurf für einige Arten derselben besondere Vorschriften giebt, so hängt dies mit der dort gewählten, dem Landrecht sich annähernden Methode zusammen. Der Versicherung gegen Schaden steht die Lebensversicherung mit den mannigfaltigen unter ihrem Namen zusammengefaßten Geschäften gegenüber. Auch die Lebensversicherung will einen Nachtheil, und zwar einen solchen, der sich an den Tod eines Menschen knüpft, durch eine Geldzahlung ausgleichen. Aber das Leben eines Menschen ist keine taxirbare Waare, und deshalb kann die Lebensversicherung immer nur auf eine vertragsmäßig bestimmte Zahlung gerichtet sein. Bei dem häufigsten Falle der Lebensversicherung, der des eigenen Lebens des Versicherungsnehmers, will dieser auch naturgemäß die Versicherungssumme nicht selbst beziehen, sondern einem Andern zuwenden. Auch in ihren wirthschaftlichen Zielen verfolgt die Lebensversicherung zum Theil eigenthümliche Zwecke. Dies Alles führt dahin, daß für sie gesonderte Vorschriften aufzustellen sind. Die Lebensversicherung dehnt ihr Gebiet noch auf einige verwandte Versicherungsarten aus. Es

Digitized by Google

gehört dahin die Versicherung der Erwerbsfähigkeit eines Menschen. Auch sind dahin manche Anstalten und Verbände zu rechnen, deren Betrieb man nicht mit dem Namen „Versicherung" zu bezeichnen pflegt, die aber der Sache nach auf eine Versicherung, analog der Lebensversicherung, hinauslaufen; so namentlich: Renten-, Pensions-, Aussteuer-, Wittwen-, Begräbnißgelderkassen und ähnliche Anstalten.

Die Anordnung des Stoffes in dem Entwurfe ist hiernach folgende. Zum Eingang sind unter dem Titel „Allgemeine Bestimmungen" eine Anzahl gemeinsamer Vorschriften für alle Versicherungsarten zusammengestellt. Dann folgen zwei Abschnitte, die, der obigen Darlegung entsprechend, getrennt von der Versicherung gegen Schaden und von der Lebensversicherung handeln. Endlich folgt ein vierter Abschnitt, der unter der Ueberschrift „Schlußbestimmungen" wiederum gemeinsame Vorschriften für beide Gruppen enthält. Die Trennung dieser Vorschriften von denen des ersten Abschnittes hat nur darin ihren Grund, daß sie für den Leser besser verständlich werden, wenn sie am Schlusse stehen.

Um die Vergleichung des Entwurfs mit anderen gleichartigen Werken zu erleichtern, sind unter jedem Paragraphen die parallel gehenden Bestimmungen der oben (S. 27) erwähnten Gesetze oder Gesetzentwürfe, sowie die entsprechenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über See-Assekuranz (in abgekürzter Bezeichnung) aufgeführt. Vielfach schließt sich der Entwurf dem Vorbilde dieser anderen Gesetzwerke an, ohne jedoch eine selbständige Stellung aufzugeben. Am meisten selbständig hat der Abschnitt über Lebensversicherung bearbeitet werden müssen, weil für diesen am wenigsten Vorgänge der Gesetzgebung vorlagen. Hier kam jedoch der Arbeit eine größere Zahl von Entscheidungen höchster Gerichtshöfe zu statten. Auch diese sind, wo sie für den Entwurf von Bedeutung waren, unter den Paragraphen aufgeführt. Ferner kommen als eine bedeutsame autonomische Quelle für das Versicherungsrecht die Geschäftspläne in Betracht, welche die zahlreichen Versicherungsgesellschaften ihrem Betriebe zu Grunde gelegt haben. Unter diesen nehmen eine hervorragende Stellung ein die „Allgemeinen Versicherungs-Bedingungen", die eine größere Anzahl deutscher Feuerversicherungs-Gesellschaften für ihren Geschäftsbetrieb angenommen hat. Auch die Bestimmungen dieser (mit A. V.-B. bezeichneten)

Digitized by Google

Aufstellung sind unter den Paragraphen des Entwurfs in Bezug genommen. Ein werthvolles literarisches Hülfsmittel ist jüngst (1889) in dem Werke von Dr. William Lewis „Lehrbuch des Versicherungsrechtes" erstanden.

Es folgt nun die Begründung des Entwurfs im Einzelnen.

Zu §. 1.

Die hier gegebene Begriffsbestimmung dient zur Einleitung des Ganzen und ist ohne wesentlichen praktischen Werth. Jedoch ist hier schon über die im Entwurf durchzuführende Benennung der in Betracht kommenden Personen zu reden. In dieser Beziehung wird nicht überall dieselbe Sprache geführt. Es kommen nämlich bei der Versicherung folgende Personen in Betracht.

Zunächst die beiden Personen, die den Versicherungsvertrag schließen. Diese sind schon hier in §. 1 mit dem Namen „Versicherer" und „Versicherungsnehmer" bezeichnet. Nun kann aber eine Versicherung in der Art genommen werden, daß nicht der Versicherungsnehmer, sondern ein Dritter die Versicherungssumme zu empfangen hat; bei der Lebensversicherung ist dies sogar Regel. Da das Recht dieses Dritten durch die Grundsätze von den Verträgen zu Gunsten Dritter bestimmt wird, so ist in dem Entwurf diese Person als der „dritte Empfangsberechtigte" bezeichnet. Endlich kann bei der Lebensversicherung auch noch eine vierte Person eine Rolle spielen; nämlich in dem Falle, wenn die Versicherung nicht für das eigene Leben des Versicherungsnehmers, sondern für das Leben eines Anderen genommen wird. Soweit es nöthig, die Person, an deren Tod die Versicherung geknüpft ist, selbständig zu bezeichnen, ist sie in dem obigen Entwurf „der Versicherte" genannt worden (vgl. §§. 61, 62, 63, 64). Vielfach wird freilich auch bei der Schadensversicherung der Versicherungsnehmer, nachdem er die Versicherung genommen hat, „der Versicherte" genannt. Indessen ist es nicht rathsam, für den technischen Gebrauch dieselbe Person mit zwei verschiedenen Namen zu benennen. Auch würde dann ein Name für die soeben bezeichnete vierte Person fehlen. Es ist also besser, für denjenigen, der mit dem Versicherer den Vertrag abschließt, den Namen „Versicherungsnehmer" durchzuführen.

Noch eine weitere Benennungsfrage soll hier gleich erörtert

Digitized by Google

werden. Bisher waren in dem Versicherungswesen die Ausdrücke „Prämie“ und „Police“ gang und gebe. Sie werden in dem obigen Entwurf durch die Worte „Einlage“ und „Versicherungsschein“ ersetzt. Einer Begründung hierfür wird es wohl nicht bedürfen.

Zu §. 2.

Der Schwerpunkt dieses Paragraphen liegt in dem Absatz 2.

Daß Gesellschaften, die zur Erzielung von Gewinn Versicherungen Anderer übernehmen, Handelsgesellschaften sind, — es sind bis jetzt in der Regel Aktiengesellschaften gewesen, — ist allbekannt. Von ihnen ist auch in §. 271 Nr. 3 des H.-G.-B. die Rede. Dagegen herrscht über die Natur der sogenannten Gegenseitigkeits-Gesellschaften kein volles Einverständniß. Man denkt sich öfters das Verhältniß derselben so, als ob die Mitglieder unter einander einen obligatorischen Vertrag schlössen, dahin gehend, eintretende Schäden sich gegenseitig zu ersetzen. So sagt z. B. der bayerische Entwurf §. 828: „Die Versicherung auf Gegenseitigkeit besteht in der vertragsmäßigen Vereinigung Mehrerer zur gegenseitigen Erstattung des Schadens, welcher den einen oder den anderen unter ihnen treffen kann.“ Auch einem Reichsgerichtserkenntniß vom 9. Januar 1882 (mitgetheilt im „Vereinsblatt für Deutsches Versicherungswesen“ 1882 S. 303) scheint eine solche Ansicht zu Grunde zu liegen. Ein Erkenntniß des R.-O.-H.-G. vom 10. Dezember 1872 (Entsch. Bd. 8 Nr. 48) kämpft bereits gegen diese Ansicht an. Noch ausführlicher und, wie ich glaube, vollkommen richtig wird über die Frage auf Grund des altpreußischen Rechts in einem Erkenntniß des R.-O.-H.-G. vom 17. September 1875 (Entsch. Bd. 18 Nr. 102) gehandelt. Es wird dort ausgeführt, daß die Gegenseitigkeits-Gesellschaften nicht unter I 14, sondern unter II 6 des A. L.-R. fallen. Diese Ansicht ist auch für das gemeine Recht zutreffend. Auch bei den Gegenseitigkeits-Gesellschaften wird der Versicherungsvertrag geschlossen nicht von den einzelnen Versicherungsnehmern unter einander, sondern von den Einzelnen mit der Gesammtheit, diese als genossenschaftlich geeinigt gedacht. Das Eigenthümliche besteht nur darin, daß hier jeder Versicherungsnehmer auch Mitglied der Genossenschaft ist, welche die Versicherung übernimmt. Als solches theilt er den Gewinn und den Verlust, den

Digitized by Google

die Versicherung erbringt, indem er auf seine Einlage entweder Rückzahlungen zu empfangen oder Nachzahlungen zu leisten hat.

Nach dieser Auffassung treten aber die Gegenseitigkeits-Gesellschaften in ihrer Thätigkeit den auf Gewinn arbeitenden Aktiengesellschaften ganz nahe. Die von beiden abgeschlossenen Versicherungsverträge unterscheiden sich nicht von einander und können ganz gleichmäßig behandelt werden. Der Unterschied liegt nur auf dem Gebiete des Genossenschaftsrechts, das den Gegenseitigkeits-Gesellschaften zu Grunde liegt. Hiervon zu handeln kann nicht Aufgabe dieses Entwurfs sein.

Uebrigens giebt es auch Versicherungsgesellschaften, bei denen beide Arten des Betriebes vermischt auftreten. Auf Gegenseitigkeit gegründete Gesellschaften übernehmen auch Versicherungen von Nichtmitgliedern gegen feste Einlagen. Oder Aktiengesellschaften gestatten den Versicherungsnehmern, in der Art Verträge zu schließen, daß sie auch an dem Gewinn der Gesellschaft theilnehmen, d. h. unter Umständen auf ihre Einlage eine Rückzahlung empfangen. Diese Mischgebilde zeigen am deutlichsten, daß in Beziehung auf die Natur des Versicherungsvertrags ein Unterschied zwischen beiden Gesellschaftsarten nicht besteht.

Zu §. 3.

Der Versicherungsvertrag ist ein so verwickeltes Rechtsgeschäft, daß er nothwendig einer schriftlichen Grundlage bedarf. Die erste Grundlage bilden bei allen Gesellschaften die von jeder allgemein aufgestellten Versicherungsbedingungen. Das ist auch durchweg anerkannt.

Die Versicherungsbedingungen sind mitunter schon in den Statuten der Gesellschaften festgesetzt, finden sich aber auch öfters besonders unter der Bezeichnung „Prospekt", „Regulativ", „Geschäftsplan" zusammengestellt. Hier ist der letztere Ausdruck gewählt worden.

Der Geschäftsplan muß nothwendig eine gewisse Offenkundigkeit erhalten. Diese ist durch die Vorschrift des Absatzes 2 zu erreichen gesucht worden. Man könnte daran denken, den Geschäftsplan auch bei dem Gerichte an dem Wohnorte des Versicherers einreichen zu lassen. Indessen würde dies kaum einen Zweck haben. Gelangt

Digitized by Google

der oben vorgeschlagene §. 70 zur Annahme, so werden die meisten Prozesse der Versicherungsgesellschaften nicht an deren Wohnort, sondern vor auswärtigen Gerichten sich abspielen.

Der Schlußsatz des §. 3 gründet sich auf die Erfahrung, daß gerade bei Nachträgen zu dem Geschäftsplane öfters der Einwand erhoben wird, daß der Versicherungsnehmer nichts davon erfahren habe. (Seuffert, Arch. Bd. 32 Nr. 283, Bd. 34 Nr. 70.) Selbstverständlich können solche Nachträge an bereits abgeschlossenen Verträgen nichts ändern; aber sie kommen bei Erneuerung bestehender Verträge in Betracht. Deshalb wird hier vorgeschrieben, daß sie auch bei schon bestehender Versicherung zugestellt werden sollen; widrigenfalls sie bei der Erneuerung nicht gelten.

Zu §. 4.

Soll die feste Grundlage des Geschäftsplans nicht verloren gehen, so dürfen mündliche Nebenberedungen bei dem Versicherungsvertrag keine Gültigkeit haben. Es wird aber eine einseitige schriftliche Erklärung genügen, wenn sie von demjenigen abgegeben ist, zu dessen Nachtheil von dem Geschäftsplan abgewichen ist. Hiernach ist §. 4 gestaltet.

Zu §. 5.

Die vorgeschlagenen Bestimmungen schließen sich an das schon jetzt allgemein Uebliche an.

Es dürfte unbedenklich sein, das Wort „Einlage" für die Einzahlung sowohl bei Gesellschaften auf Gewinn, als bei Gegenseitigkeitsgesellschaften zu verwenden. Bisher hat man freilich das Wort „Prämie" öfters nur als Bezeichnung der Einzahlung bei Gesellschaften auf Gewinn gelten lassen wollen. (Siehe z. B. in Art. 271 Nr. 3 des H.-G.-B.). Indem man das deutsche Wort „Einlage" gebraucht, kann man aber diesem Zwiespalt entgehen.

Zu §. 6.

In dem Austausch von Versicherungsschein und Einlage kommt der Abschluß des Vertrages zu einer sicheren Erscheinung; und es wird sich daher rechtfertigen, diese Art des Vertragsabschlusses als Regel aufzustellen. Es muß aber den Versicherungsgesellschaften gestattet bleiben, autonomisch die Sache anders zu gestalten. So

Digitized by Google

z. B. hat die Gesellschaft Thuringia, die gegen Reiseunfälle versichert, die Einrichtung getroffen, daß sie „Policen" in Blanko ausgiebt und die Versicherung schon mit dem Zeitpunkt eintreten läßt, wo der Versicherungsnehmer einen von der Police getrennten, von ihm unterzeichneten Koupon nebst der tarifmäßigen Gebühr für die von ihm gewählte Versicherung „eingeschrieben" zur Post giebt. Gewiß eine sehr zweckmäßige Methode, um derartige, oft augenblicklich begehrte Versicherungen zu Stande zu bringen. Auch soll nicht gehindert sein, daß, wenn z. B. jemand dringend begehrt, alsbald versichert zu sein, und er deshalb an einen Versicherer telegraphirt, dieser aber zurücktelegraphirt: „Betrachten Sie sich von diesem Augenblick an als versichert", damit eine wirksame Versicherung ins Leben getreten ist.

Bei einer Erneuerung der Versicherung kann man nicht so streng sein. Die Ausfertigung des Verlängerungsscheins bildet hier mehr eine Formalität. Und wenn der Versicherungsnehmer die Einlage für die Verlängerung eingesandt und Versicherer sie entgegengenommen hat, so würde es nicht den Verhältnissen entsprechen, wenn man bei eingetretenem Unfalle dem Versicherer das Recht gäbe, sich darauf zu berufen, daß er den Verlängerungsschein noch nicht ausgefertigt habe.

Der letzte Satz des §. 6 soll dazu dienen, den Versicherer dagegen zu schützen, daß bei ihm ein Versicherungsschein bestellt, dann aber vielleicht nicht eingelöst werde. Um die Versicherer vor diesem Nachtheil zu bewahren, enthalten die Normen mancher Gesellschaften die Bestimmung, daß der Vertrag zwar schon durch „bloße Willensübereinstimmung" zu Stande komme, aber wieder ungültig werde, wenn die Prämie nicht bezahlt werde. Es dürfte aber einfacher und richtiger sein, das Zustandekommen des Vertrags von vornherein an die Prämienzahlung zu knüpfen, daneben aber dem gedachten Mißstande dadurch zu begegnen, daß man dem Versicherer bei vergeblicher Ausstellung eines Versicherungsscheins den Anspruch auf eine Geschäftsgebühr gewährt. Es wird Sache des Geschäftsplans sein, diese Gebühr im Voraus zu bestimmen.

§. 7

ist wörtlich dem Artikel 334 des Handelsgesetzbuchs entnommen.

Digitized by Google

§. 8

ist nur einleitender Natur. Absatz 2 ist dem preußischen Entwurf entnommen.

§. 9

stammt ebenfalls seinem Inhalte nach aus dem preußischen Entwurfe (Art. 327, 365). Allerdings setzt dieser in Artikel 368 noch die Schranke, daß die Versicherung für Gewinn 10 Prozent des Werthes der Waare nicht übersteigen dürfe. Da jedoch das Handelsgesetzbuch für die See-Assekuranz diese Schranke nicht enthält, so ist sie auch hier weggeblieben.

Zu §. 10.

Die §§. 10—13 handeln von der Bestimmung der Höhe der Versicherung.

§. 10 geht davon aus, daß eine Versicherung auch ohne Bestimmung einer Versicherungssumme zulässig sei; wenn auch thatsächlich dies selten vorkommen wird.

Zu §. 11.

Der hier genannte „volle Werth" (der noch besonders durch die Vorschrift in §. 12 Absatz 1 eine schwerwiegende Bedeutung erhält) ist nicht identisch mit dem in §. 10 gedachten „Werth des ganzen Gegenstandes". Dieser letztere Ausdruck bezeichnet den Werth der Sache im Gegensatz zu dem Werthe eines bloßen Bruchtheils. Der Ausdruck „volle Werth" soll dagegen (in gleicher Weise wie in §. 8 des preußischen Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874) einen voll bemessenen Werth bezeichnen.

Dabei erscheint es jedoch angemessen, noch (nach Vorgang des Schweizer Entwurfs) die nähere Bestimmung in Absatz 2 aufzunehmen. Es ist dabei folgende Erwägung maßgebend gewesen. Für die meisten Gegenstände ändert sich der Werth im Laufe der Zeit durch Abnutzung. Ein altes Haus ist weniger werth als ein neugebautes. Alte Möbel sind weniger werth als neue. Wenn nun solche durch den Lauf der Zeit in ihrem Werthe verminderte Gegenstände untergehen, also z. B. abbrennen, dann entsteht die Frage: was soll ersetzt werden? Das Richtige dürfte sein, daß so viel ersetzt werden muß, als nöthig ist, um sich in der nach Handel und Wandel

Digitized by Google

üblichen Weise andere Gegenstände dieser Art anzuschaffen. Das werden aber in der Regel nur neue Gegenstände sein können. Alte gleichartige Gegenstände werden oft gar nicht im Handel und Wandel zu erlangen sein oder wenigstens nicht den Verhältnissen entsprechen. Um ein abgebranntes Haus wieder aufzubauen, nimmt man neues Material, nicht altes. Auch kann man dem, dessen Mobiliar verbrannt ist, nicht zumuthen, daß er sich ein gleiches altes Mobiliar aus dem Trödelladen kaufe. Es muß ihm also ein neues beschafft werden. Daß auf diese Weise der Versicherungsnehmer durch die Entschädigung einen gewißen Vortheil erlangt, ist richtig, aber auch unvermeidlich, wenn man nicht nach der anderen Seite ungerecht gegen ihn sein will.

Anders wird sich freilich die Sache verhalten, wenn der versicherte Gegenstand in seinem durch den Zeitablauf verminderten Werthe in Handel und Wandel wieder erlangt werden kann. Ein sechsjähriges Pferd ist ohne Zweifel mehr werth, als ein zwölfjähriges. Es werden aber sowohl sechs- als zwölfjährige Pferde gehandelt. Wenn also ein 12 Jahr alt gewordenes Pferd noch zu dem Preise des sechsjährigen versichert wäre, so würde es sich rechtfertigen, bei einem Untergange des Pferdes nicht den Werth des sechsjährigen, sondern nur den des zwölfjährigen zu vergüten.

Natürlich bedarf diese Lehre zu ihrer Ausbildung einer verständigen Praxis, für die jedoch der obige Absatz 2 einen genügenden Anhalt gewähren dürfte.

Zu §. 12.

Der Absatz 1 findet sich gleichmäßig in allen Entwürfen. Nur der Absatz 2 bedarf einer besonderen Besprechung, namentlich in Hinblick darauf, daß ein Erkenntniß des Reichs-Ober-Handelsgerichts vom 13. Februar 1872 (Entsch. Bd. 5 Nr. 27) für die binnenländische Versicherung den gegentheiligen Satz als geltendes Recht aufstellt. Das Erkenntniß sagt: „die hin und wieder vertretene Ansicht, daß die Versicherungssumme als vereinbarte Taxe des Versicherungswerthes aufzufassen sei, widerspreche dem gegenwärtigen Stand der Assekuranzpraxis, nach welcher die Versicherungssumme nur die äußerste Grenze der Ersatzpflicht bezeichne, ohne den Versicherten des Beweises des Versicherungswerthes zu überheben."

Digitized by Google

Auch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Feuergesellschaften enthalten in §. 8 den Satz: „Die Versicherung selbst begründet weder einen Beweis noch eine Vermuthung für das Vorhandensein und den Werth der versicherten Gegenstände zur Zeit des Brandes."

Es kommt vor allem darauf an, die Frage, um die es sich handelt, klarzustellen. Es muß zunächst unterstellt werden, daß die Versicherung auf eine bestimmte Versicherungssumme genommen ist. Wäre die Versicherung für den Werth der Sache bis zu einer bestimmten Summe genommen, dann würde allerdings der Versicherungsnehmer noch den Werth der untergegangenen Sache zu beweisen haben. Es ist ferner unzweifelhaft, daß die auf eine bestimmte Summe lautende Versicherung nur für den Werth des ganzen Gegenstandes maßgebend ist, daß also, wenn nur ein Theil untergeht, auch nur eine entsprechender Theil der Summe zu zahlen ist. Es bestreitet ferner Niemand, daß, wenn es feststeht, daß die Versicherungssumme den Werth der Sache übersteigt, nur dieser Werth zu vergüten ist. Die Frage dreht sich nur um die Beweislast.

In dieser Beziehung verdient nun, jedenfalls de lege ferenda, die Ansicht den Vorzug, daß die festgesetzte Versicherungssumme für den Versicherungsnehmer so lange als Beweis des Werthes der Sache dienen muß, als nicht von anderer Seite ein Minderwerth bewiesen wird. Gerade um dieses Beweises überhoben zu sein, stellt man ja die Versicherung auf eine feste Summe. Und dies ist vom praktischen Standpunkt um so mehr nothwendig, als ja die untergegangene Sache gar nicht mehr unmittelbar geschätzt werden kann. Glaubt der Versicherer durch eine übermäßige Werthangabe gefährdet zu sein, so mag er bei Zeiten die Augen und den Mund aufthun. Wenn er aber erst jahrelang nach dem Betrag der Versicherungssumme die Prämie bezieht, so ist es eine Doppelzüngigkeit, wenn er nachträglich doch noch den Beweis verlangt, daß die Versicherungssumme auch dem Werth entspreche. Wenn ihm gleichwohl das Gesetz gestattet, geltend zu machen, daß der wahre Werth der Sache geringer als die Versicherungssumme gewesen sei, so ist das eine im Interesse der öffentlichen Ordnung ihm gestattete exceptio doli, deren Beweis aber er führen muß. So haben auch nach Vorgang des Handelsgesetzbuches der preußische und Dresdner Entwurf die Sache geordnet.

Digitized by Google

Zu §. 13.

Das Interesse des Versicherers an Herabsetzung der übermäßigen Versicherungssumme kann darin liegen, daß es ihm darum zu thun ist, bei Untergang der Sache nicht die nach §. 12 Absatz 2 eintretende Vermuthung gegen sich gelten zu lassen. Das Interesse des Versicherungsnehmers besteht in Herabsetzung der laufenden Einlagen.

§. 14

überträgt die Bestimmung in Art. 798 des Handelsgesetzbuchs hierher. Daran ist zugleich im Abs. 2 der Satz geknüpft, daß bei einer Kollektivversicherung (z. B. einer Bibliothek) auch neu erworbene Gegenstände in die Versicherung einrücken. (Vgl. auch die Entsch. in Seufferts Archiv Bd. 27 Nr. 62.)

Zu §. 16.

Die Bedeutung dieses Paragraphen liegt in dem zweiten Absatz. Für die aus den Eigenthümlichkeiten des Speditions- und Kommissionsgeschäftes hervorgegangenen Formen der Transportversicherung „für fremde Rechnung" und „für Rechnung, wen es angeht" sind bezüglich des Seetransportes im Handelsgesetzbuche besondere Vorschriften aufgestellt. Es erscheint angemessen, diese Vorschriften auch auf den binnenländischen Transport auszudehnen.

Die §§. 17 und 18

behandeln den Fall doppelter Versicherung. Nach Vorgang des preußischen Landrechts enthalten die meisten Gesetze und Entwürfe den Grundsatz, daß eine zweite Versicherung gegen die nämliche Gefahr ungültig sei. Dabei werden dann freilich wieder verschiedene Ausnahmen gemacht. Auch werden Bestimmungen über eine gleichzeitige doppelte Versicherung getroffen.

Es dürfte jedoch für diese Behandlung des Falles kein genügender innerer Grund vorliegen. So wie es gestattet ist, für dieselbe Forderung zwei Bürgen anzunehmen, muß es auch gestattet sein, zur Erlangung größerer Sicherheit zwei Versicherungen sich auszubedingen. Nur darf der Versicherungsnehmer sich die Versicherung nicht doppelt bezahlen lassen. Die Zulässigkeit einer solchen Doppelversicherung ist auch in der Wissenschaft anerkannt.

Digitized by Google

Vgl. Gerber, D. Privatrecht §. 202 Note 8 und Entsch. d. R.-G. Bd. 6 Nr. 47 (Entsch. der verein. Civilsenate). Es kann sich daher nur fragen, ob überwiegend, praktische Unzuträglichkeiten mit der Doppelversicherung verbunden sind. Das würde zu bejahen sein, wenn man bei jeder Doppelversicherung die Absicht doppelter Erhebung, also einer Betrügerei unterstellen könnte. Das ist doch aber nicht ohne Weiteres zulässig. Jemand kann sich sehr wohl dadurch, daß ihm eine erste Versicherung aus irgend einem Grunde unsicher erscheint, veranlaßt sehen, eine zweite Versicherung zu nehmen. Wenn er die Einlage doppelt bezahlen will, warum sollte ihm das nicht gestattet sein? Auch der Dresdener Entwurf hat mit der hergebrachten Lehre gebrochen und die Zulässigkeit einer Doppelversicherung anerkannt.

Bei einer solchen Doppelversicherung haften zwei Schuldner für die nämliche Schuld. Die Zahlung darf deshalb nur einmal erhoben werden. Daß die zweite wissentliche Erhebung unter den Begriff des Betrugs fallen würde, braucht wohl nicht besonders ausgesprochen zu werden.

Zwei Versicherer, die je selbstständig eine Versicherung eingegangen sind, würden, wenn einer von ihnen hätte zahlen müssen, nach allgemeinen Grundsätzen keinen Rückgriff gegen einander haben. Es erscheint jedoch der Billigkeit entsprechend, daß ihnen ein solcher gewährt werde. Damit würde auch jeder Versuch, für die Freilassung des Einen im Gegensatz zu der Haftbarmachung des Andern sich Vortheile auszubedingen, abgeschnitten sein.

Läßt man die Doppelversicherung zu, so muß man aber doch einer Gefahr entgegen treten, die daraus hervorgeht, daß die eine Versicherung vielleicht höher ist als die andere. In allen denjenigen Verhältnissen, wo der Versicherungsnehmer auf den Eintritt des Unfalls hinwirken kann (also namentlich bei der Feuerversicherung), trägt die höhere Versicherung stets die Gefahr in sich, daß der Versicherungsnehmer, um die hohe Versicherung zu gewinnen, den Unfall selbst herbeiführt. Daraus ergiebt sich, daß es einem Versicherer, der zu einer niedrigeren Summe versichert hat, durchaus nicht gleichgültig sein kann, wenn daneben eine höhere Versicherung eingegangen wird oder schon besteht. Deshalb stellt §. 18 den Grundsatz auf, daß bei einer Doppelversicherung dieser

Digitized by Google

Art derjenige, der zu einer niedrigeren Summe versichert hat, frei ist, wenn eine höhere Versicherung ohne sein Vorwissen vorausgegangen ist oder nachträglich ohne seine Zustimmung genommen wird.

Mit dieser Beschränkung erscheint die Doppelversicherung ungefährlich. Durch deren Zulassung begegnet man aber zugleich der Schwierigkeit, daß man bei einem Verbote derselben doch wieder Ausnahmen zulassen müßte, die eine sorgfältige Bestimmung nöthig machen würden.

§§. 19 und 20

stellen den Grundsatz auf, daß ein Versicherungsvertrag noch wirksam abgeschlossen werden kann zu einem Zeitpunkt, wo der Schaden bereits eingetreten oder wo er bereits unmöglich geworden ist. Die nähere Gestaltung dieses Grundsatzes ist den Bestimmungen des H.=G.=B. über Seeversicherung nachgebildet. Der Schlußsatz des §. 19 ist dem preußischen Entwurfe entnommen und dürfte, zumal in der heutigen Zeit der Telegraphen, sehr praktisch sein. (Vgl. Entsch. des R.=O.=H.=G. Bd. 3 Nr. 53.)

§. 21

stellt eine Lehre auf, die in allen Gesetzen und Entwürfen gleichmäßig vorkommt. Den regelmäßig aufgeführten Fällen ist hier noch ein weiterer, nämlich der einer aus Irrthum eingegangenen Doppelversicherung, zugefügt; ein Fall, der namentlich dadurch eintreten kann, daß gleichzeitig der Betheiligte selbst und ein Vertreter desselben Versicherung nimmt. In diesem Falle soll (nach §. 17) jeder der beiden Versicherer die halbe Gefahr tragen. Danach aber ist es auch billig, daß insoweit, als die beiden Versicherungen einander decken, jede Versicherung rückgängig gemacht werden kann.

Der Schlußsatz des §. 21 will hier, ebenso wie oben in §. 6, dem Versicherer für seine Mühewaltung gerecht werden.

Das Handelsgesetzbuch und der Preußische Entwurf, die denselben Satz enthalten, bestimmen auch gleich die Größe der zu gewährenden Gebühr. Es dürfte aber vorzuziehen sein, diese Bestimmung dem Geschäftsplane zu überlassen, da die Verhältnisse nicht überall gleichartig sind.

Zu §§. 22—24.

Hier betritt der Entwurf das schwierige Gebiet der Begrenzung der bei der Versicherung zu übernehmenden Gefahr durch die bei

Digitized by Google

dem Vertragsabschluß zu wahrende Pflicht der Wahrheit. Da die §§. 22—25 und 27 auch auf die Lebensversicherung Anwendung finden sollen (vergl. §. 60), so werden auch Fälle dieser Art von Versicherung bei den Beispielen ins Auge zu fassen sein. Die Schwierigkeit der Sache liegt in Folgendem. Durch die Versicherung übernimmt der Versicherer unzweifelhaft ein gewisses Maß von Gefahr; er will aber gleichwohl nicht blindlings jede Gefahr, sondern nur dasjenige Maß von Gefahr übernehmen, das sich der menschlichen Voraussicht entzieht. Er verlangt von dem Versicherungsnehmer, daß dieser solche Gefahren, die er selbst kennt, ihm offen darlege. Welche Pflichten hat nun der Versicherungsnehmer in dieser Beziehung? Und welche Folgen sollen sich daran knüpfen, wenn der Versicherungsnehmer diese Pflichten nicht erfüllt? Das sind die Fragen, welche hier in Betracht kommen. Die letztere Frage scheint sehr einfach zu sein. Sie wird aber dadurch schwierig, daß die Geschäftspläne öfters an die Versuche, den Versicherer zu täuschen, übertriebene Folgen knüpfen.

Zunächst stellen die §§. 22 und 23 den Grundsatz auf, daß der Versicherungsnehmer verpflichtet sei, über diejenigen Umstände, die auf das Maß der Gefahr Einfluß üben, bei Abschluß des Vertrages die Wahrheit zu sagen; und zwar in der doppelten Richtung, daß er nichts Wahres verschweigen und nichts Unwahres angeben darf. Beide Fälle der Wahrheitsverleugnung gestalten sich jedoch nicht ganz gleichmäßig. Deshalb mußte von ihnen in den §§. 22 und 23 verschieden gehandelt werden. Die Art. 810 und 813 H.-G.-B. haben dabei zum Vorbilde gedient. In §. 22 sind, abweichend von anderen Gesetzen und Entwürfen, die Worte „auf gehöriges Befragen" eingefügt. Es kann ja vorkommen, daß ein Versicherungsnehmer, da er recht gut weiß, worauf es ankommt, arglistig verfährt, indem er Dinge, nach denen er *nicht* gefragt wird, verschweigt. Es giebt aber auch Menschen, die darüber, worauf es ankommt, völlig im Unklaren sind; und für diese würde es hart sein, wenn der von ihnen abgeschlossene Vertrag wegen ihres Verschweigens für ungültig erklärt würde, obschon sie gar nicht gehörig befragt worden sind. Von selbst versteht es sich, daß nicht bloß auf Fragen des Versicherers, sondern auch seines Vertreters, z. B. bei Lebensversicherungen des untersuchenden Arztes, wahrheits-

Digitized by Google

gemäße Antwort zu geben ist. Anders ist es, wenn der Versicherungsnehmer positive unwahre Angaben macht. Selbst wenn er hierbei subjektiv ohne Verschulden sein sollte, so wird er doch die Folgen seiner unwahren Angaben zu tragen haben. Hierauf beruht die Formulirung des §. 23. Der Schlußsatz wird deshalb nöthig, weil es ohne denselben leicht vorkommen könnte, daß der Versicherer oder dessen Vertreter absichtlich den Versicherungsnehmer zu unwahren Angaben veranlaßten, um demnächst gegen die Versicherung einen Einwand zu haben. Namentlich kommt es öfters vor, daß die Agenten der Feuerversicherungen den vorgelegten Fragebogen auf eigene Hand unrichtig ausfüllen. In solchen Fällen muß der Versicherungsnehmer geschützt werden.

Was nun die an die Unwahrhaftigkeit des Versicherungsnehmers sich knüpfenden Folgen betrifft, so bestimmen die meisten Geschäftspläne, daß jede Unwahrheit die Unverbindlichkeit der ganzen Versicherung zur Folge habe. Das Handelsgesetzbuch (Art. 812, 813) stellt ebenfalls diesen Grundsatz auf. Der Preußische Entwurf (Art. 346) will dem Versicherer das Recht geben, die Versicherung aufzuheben, wenn der Gegenstand der Unwahrheit so wesentlich ist, daß der Versicherer, wenn er die wahre Sachlage gekannt hätte, die Versicherung nicht geschlossen hätte. Der Schweizer Entwurf (Art. 326) erklärt unter der nämlichen Bedingung „den Vertrag für den Versicherungsnehmer für unverbindlich". Der Dresdener Entwurf (Art. 967) giebt dem Versicherer das Recht, wegen einer solchen Unwahrheit „selbst nach eingetretenem Schaden den Vertrag anzufechten".

Alle diese Bestimmungen dürften für den praktischen Zweck kaum für befriedigend zu halten sein. Der Satz, daß jede Unwahrheit den ganzen Vertrag unverbindlich mache, ist ja allerdings sehr einfach und für den Versicherer sehr bequem. Aber man darf wohl fragen: ist er denn auch gerecht? Diese Frage ist schwerlich zu bejahen. Es wird dadurch unter Umständen ein geringer Fehler, der gar keinen Nachtheil gebracht hat, mit einer unverhältnißmäßigen Strafe gebüßt. Zunächst darf man nicht bei jeder Unwahrheit ohne Weiteres Arglist voraussetzen. Die Leute verstehen oft die gestellten Fragen nicht, sind auch mitunter über die Verhältnisse nicht klar, oder sie verstehen sich bei Beantwortung der gestellten

Digitized by Google

Fragen nicht richtig auszudrücken. Sie verschweigen auch Dinge, von denen sie glauben, daß es doch nicht darauf ankomme, vielleicht aus Scham. Oder sie geben Dinge als vorhanden an, weil sie beabsichtigen, sie in Kürze herzurichten. Aber auch abgesehen hiervon, kann man doch Jemanden selbst für eine Unredlichkeit nur in dem Maße büßen lassen, als diese Unredlichkeit dem anderen Theile zum Schaden gereicht hat. Wenn also z. B. Jemand für sein Haus eine Feuerversicherung nimmt und dabei unwahrer Weise angiebt, daß auf seinem Hause ein Blitzableiter sich befinde — vielleicht weil er in den nächsten Tagen einen solchen machen lassen will — so wird er allerdings, wenn, noch ehe dies geschehen, das Haus vom Blitzstrahl angesteckt wird, keinen Schadensersatz fordern können. Brennte aber das Haus in Folge einer gewöhnlichen Feuersbrunst ab, so würde es jeder inneren Rechtfertigung entbehren, wenn der Versicherer sagen dürfte: „Du bekommst keine Entschädigung, weil Du in Betreff des Blitzableiters gelogen hast."

Fälle dieser Art liegen bei allen Arten von Versicherung so nahe, daß es keiner weiteren Beispiele bedürfen wird.

Als die nächste Folge einer solchen Unwahrheit ist hiernach nur die als berechtigt anzuerkennen, daß der Versicherungsnehmer keine Entschädigung bekommt, wenn der Schaden mit der verschwiegenen oder unwahr angegebenen Thatsache in ursachlichem Zusammenhange steht. Dabei wird man aber so weit auf die Seite des getäuschten Versicherers treten müssen, daß man von dem Versicherungsnehmer den Beweis verlangt, daß der Schaden unabhängig von der Thatsache, über welche er den Versicherer getäuscht hat, eingetreten sei. Hierauf beruht die Bestimmung in Absatz 2 des §. 22.

Allerdings werden durch diese Beschränkung solche Fragen wirkungslos, die für die Höhe der zur übernehmenden Gefahr gar keine Bedeutung haben. So z. B. die Frage: ob der Nachsuchende schon einmal bei einer anderen Versicherungsanstalt Versicherung zu nehmen versucht habe? Mit solchen Fragen sollte aber auch der Versicherungsnehmer nicht behelligt werden. Man könnte ihn sonst auch fragen: ob er schon einmal im Leben gelogen habe? was doch für den Fall einer Schadensliquidation nicht ohne Interesse wäre.

Neben dem Recht, bei unwahren Angaben je nach Umständen den Schadensersatz zu verweigern, muß aber dem Versicherer auch

Digitized by Google

das Recht gewährt werden, für die Zukunft entweder den Vertrag aufzulösen oder, der erhöhten Gefahr entsprechend, eine höhere Einlage zu bedingen. Um dabei aber den Versicherungsnehmer nicht ganz in die Hand des Versicherers zu geben, muß auch ihm, wenn der Versicherer eine höhere Einlage verlangt, das Recht zustehen, den Vertrag aufzulösen. Dies besagt §. 24.

Zu §. 23.

Dem Falle, wo ein Versicherungsnehmer bei Abschluß des Vertrags unwahre Angaben gemacht hat, ist der andere Fall gleichzustellen, wo er im Laufe der Versicherung Veränderungen vornimmt, durch die die übernommene Gefahr wesentlich erhöht wird. Auch dies widerstreitet der bona fides des Versicherungsvertrages. Dem positiven Thun ist es gleichzustellen, wenn der Versicherungsnehmer durch sein negatives Verhalten die Gefahr vergrößert; wenn er also z. B. schützende Einrichtungen, die durch Zufall zerstört werden, nicht zeitig wiederherstellt. Dies besagen die Worte: „oder, so viel an ihm liegt, geschehen lassen".

Zu §. 26.

Abgesehen von den bisher betrachteten Fällen, wo den Versicherungsnehmer die Nachtheile seines eigenen der bona fides widerstreitenden Verhaltens treffen, läßt sich bei manchen Versicherunger das Vorhandensein oder der Eintritt besonderer schwerwiegenden Thatsachen denken, deren Gefahr der Versicherer in keinem Fall übernehmen will. Dies auszubedingen darf ihm nicht verwehrt werden. Aber auch an solche Thatsachen dürfen gerechter Weise nicht Folgen geknüpft werden, die über das hinausgehen, was oben als Folge des widerrechtlichen Verhaltens des Versicherungsnehmers selbst aufgestellt wurde. Diese Gedanken liegen dem §. 26 zu Grunde.

Zu §. 27.

Die Befugnisse, welche in den Fällen der §§. 22, 23, 25 und 26 der §. 24 dem Versicherer gewährt, sollen nicht bloß ein Recht, sondern in gewissem Sinne auch eine Pflicht für denselben begründen. Es liegt im Interesse beider Theile, daß nicht ein zwischen Versicherung und Nichtversicherung schwebender Zustand auf die Dauer bestehe. Auch lassen sich Fälle denken, wo der Versicherungs-

Digitized by Google

nehmer sich gar nicht bewußt ist, daß er nach Maßgabe der §§. 22, 23, 25 oder 26 nur unvollkommen versichert sei; wo er also, wenn der Versicherer völlig stillsitzt, seinerseits einer Täuschung unterliegt. Deshalb erfordert es auch hier wieder die bona fides, daß der Versicherer mit seinen Einwendungen gegen die Versicherung, sobald er Kenntniß von den betreffenden Thatsachen erlangt hat, nicht zurückhält, sondern offen damit hervortritt und auf Ordnung des Verhältnisses im Sinne des §. 24 dringt. Dies schreibt §. 27 ihm vor. Bleibt er zurück, so soll er „vorläufig", d. h. bis dahin wo er mit seinen Einwendungen hervortritt, in vollem Umfang haftbar bleiben.

Durch diese Bestimmung kommt auch der Versicherungsnehmer in die günstige Lage, daß, wenn ihm Zweifel kommen, ob der Versicherer Einwendungen gegen die Versicherung erheben könne, er nicht stillzusitzen und die Sache abzuwarten genöthigt ist. Er braucht nur dem Versicherer von den Umständen, die seinen Zweifel begründen, Kenntniß zu geben. Dann ist dieser genöthigt, mit einer Erklärung darüber vorzugehen.

Eine noch dringendere Veranlassung zu reden, hat aber der Versicherer, wenn der Versicherungsnehmer eine neue Prämie bezahlt und damit den Vertrag fortsetzt. Deshalb bestimmt Abs. 2, daß der Versicherer, wenn er hierbei stillschweigt, als auf seine Einwendungen verzichtend angesehen werden soll.

Mit diesen Bestimmungen der §§. 22—27 dürften die einschlagenden Fragen in einer für beide Theile gerechten Weise gelöst sein.

Zum Schluß sei hier noch bemerkt, daß der mehrfach aufgestellte Satz, „der Versicherer hafte auch dann nicht, wenn im Laufe der Versicherung die Gefahr sich wesentlich erhöhe", sowie die daraus gezogene Folgerung, „der Versicherungsnehmer müsse auch eine eingetretene Erhöhung der Gefahr dem Versicherer sofort anzeigen" (Preuß. Landrecht §. 2118) — abgesehen von den Voraussetzungen des §. 26 — nicht für richtig zu halten sein dürfte. Handelt es sich um eine Erhöhung der Gefahr, für deren Abwendung der Versicherungsnehmer zu sorgen hat, so kommt §. 25 zur Anwendung. Der Versicherungsnehmer muß also, wenn z. B. eine zur Abwendung der Feuersgefahr bestimmte Einrichtung seines Hauses durch Alter ver-

Digitized by Google

fällt oder durch Zufall zerstört wird, für deren Wiederherstellung sorgen. Soweit dies aber nicht der Fall ist, hat bei einer Vergrößerung der Gefahr der Versicherer auch die vergrößerte Gefahr zu tragen. Wollte man das Gegentheil annehmen, so müßte man auch dem Versicherungsnehmer das Recht einräumen, bei Verminderung der Gefahr die Einlagen zu kürzen. Damit würde jede Sicherheit des abgeschlossenen Vertrages aufhören. Folgerichtig durchgeführt, würde der obige Satz dahin führen, daß bei Ausbruch einer großen Feuersbrunst der Versicherer sofort allen Häusern der Umgegend die Versicherung kündigen könnte, da ohne Zweifel durch den Ausbruch des Feuers die Gefahr für sie erhöht wird. Will der Versicherer nicht durch eine Vergrößerung der Gefahr im Laufe der Versicherung betroffen werden, so braucht er ja den Vertrag nicht auf so lange Zeit abzuschließen.

Zu §. 28.

Allgemein geht man davon aus, daß das Recht aus der Versicherung gleichsam der Sache erworben werde und deshalb geeignet sei, mit der Sache auf einen neuen Erwerber überzugehen. (Vgl. Entsch. d. R.=O.=H.=G. Bd. 5 Nr. 1 und des R.=G. Bd. 5 Nr. 86, Bd. 7 Nr. 75.) Allerdings will der Preußische Entwurf (§. 343) diesen Grundsatz nur da gelten lassen, wo der Versicherungsnehmer auf die Gefahr keinen Einfluß üben kann, in andern Fällen aber die Fortdauer der Versicherung an die Einwilligung des Versicherers knüpfen. Auch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen stellen in §. 5 den Grundsatz auf, daß, wenn die versicherten Gegenstände, abgesehen von Erbfällen, den Eigenthümer wechseln, die Versicherung bis zur eingeholten Genehmigung des Versicherers ruhe. Dafür läßt sich ja anführen, daß in solchen Versicherungsfällen die Gefährdung der Sache, je nachdem diese dem Einen oder Anderen gehört, nicht ganz gleich sei. Indessen werden doch wohl die allerwenigsten Versicherungen als Verträge persönlichen Vertrauens abgeschlossen. Die Versicherer würden dazu auch ganz außer Stande sein. Danach ist auch kein Bedürfniß anzuerkennen, bei einem Eigenthumswechsel die Fortdauer der Versicherung von der Einwilligung des Versicherers abhängig zu machen. Nur wenn versicherte Mobilien von dem neuen Eigenthümer an einen anderen Ort geschafft werden, ist es gerechtfertigt, die Versicherung erlöschen zu lassen, weil bei Mobilien

Digitized by Google

der Ort der Aufbewahrung wesentlich für die Versicherung in Betracht kommt.

Die §§. 29 bis 31

beschäftigen sich mit der Frage, welchen Einfluß der über einen der Betheiligten ausbrechende Konkurs auf die Versicherung übe. Die §§. 29 und 30 entsprechen allgemeinen Grundsätzen. Der Zusatz §. 30 Abs. 1, daß ausnahmsweise die Konkursmasse auch noch nach Eröffnung des Konkurses für einen eingetretenen Schaden (natürlich konkursmäßig) hafte, wenn die Voraussetzungen des §. 7 Abs. 2 und 3 der K.-O. vorliegen, dürfte in der Billigkeit begründet sein. Jeder, der auf Versicherung Werth legt, hat doch erst dann Veranlassung, sich neu zu versichern, wenn er die Konkurseröffnung erfährt.

Der §. 31 behandelt den besonderen Fall einer Rückversicherung. Es ist darin der Grundsatz des gemeinen Rechtes zur Anwendung gebracht, daß, wenn jemand einen Anspruch hat, der lediglich zur Befriedigung des Anspruchs eines Dritten bestimmt ist, dieser Dritte die Rechte seines Schuldners jedenfalls bei dessen Insolvenz kraft fingirter Cession geltend machen kann. (Vergl. Seuffert, Arch. Bd. 29 Nr. 137 Note; auch Entsch. d. R.-G. Bd. 5 Nr. 31.)

Der Schlußsatz des §. 31 ist dem Satze in Art. 808 Abs. 2 H.-G.-B. nachgebildet.

§. 32

(der nach §. 60 d. E. auch für die Lebensversicherung anwendbar sein soll) betrifft eine schwerwiegende Frage. Die Geschäftspläne wohl aller Gesellschaften enthalten die Bestimmung, daß, wenn der Versicherungsnehmer mit einer laufenden Einlage zurückbleibt, er dadurch an seinem Rechte aus der Versicherung Einbuße leidet. Jedoch läßt sich die Sache insofern verschieden gestalten, daß entweder das Recht auf Entschädigung nur vorläufig ruht, oder daß es ganz verfällt oder für verfallen erklärt werden kann. Der Unterschied liegt darin, daß, wenn das Recht nur für ruhend erklärt wird, der Versicherer seinen Anspruch auf die Einlagen behält, andererseits aber auch der Versicherungsnehmer jederzeit durch Nachholung der Zahlung in den Versicherungsvertrag wieder eintreten kann. Beides hört auf, wenn die Versicherung verfallen ist oder für verfallen erklärt wird.

Digitized by Google

Eine Bestimmung dieser Art zu treffen, wird den Versicherungsgesellschaften nach der Natur ihres Geschäftsbetriebes nicht verwehrt werden können. Ohne eine solche ist ihr Geschäftshaushalt nicht in Ordnung zu halten. Gleichwohl wird das Gesetz dafür zu sorgen haben, daß diese Strenge nicht zur Härte gegen die Versicherungsnehmer ausarte. Hierauf zielen die weiteren Bestimmungen in Absatz 2 und 3 des §. 32.

Zunächst muß dem Versicherungsnehmer klar gesagt sein, was er zu thun hat, um sich vor Schaden zu hüten.

Sodann muß demselben auch — im Hinblick darauf, daß die wenigsten Menschen in Leistung von Zahlungen völlig präzis sind — eine gewisse Nachfrist zur Leistung der Zahlung gestattet werden. Dasselbe thut auch der Schweizer Entwurf. Auch die meisten Geschäftspläne enthalten eine solche Nachfrist. So die Allgemeinen Versicherungsbedingungen in §. 4, wo sogar vorgeschrieben ist, daß der Versicherungsnehmer zunächst auf seine Kosten zur Einlösung der Prämienquittung schriftlich aufzufordern sei.

Absatz 4 will nur eine Folge klarstellen, die man vielleicht als selbstverständlich ansehen könnte.

Zu §. 33.

Den im Eingang des §. 33 enthaltenen Satz stellt man allgemein im Versicherungswesen auf. Statt aber im Einzelnen aufzuzählen, was der Versicherungsnehmer in dieser Beziehung zu thun habe, wird es genügen, auf die bei Führung fremder Geschäfte geltenden Regeln hinzuweisen. Man wird übrigens hierbei nicht zu strenge Anforderungen an den Versicherungsnehmer stellen dürfen. Viele Menschen sind bei eintretenden Unglücksfällen völlig rathlos. Auch versichert man sich ja gerade deshalb, damit man nicht Gefahr laufe, zwecks Rettung von Hab und Gut sein Leben aufs Spiel zu setzen.

§. 34

ist der Bestimmung in Art. 822 des H.-G.-B. nachgebildet und bedarf keiner weiteren Erläuterung. Die meisten Geschäftspläne enthalten noch besondere Bestimmungen über die Anzeige; diese sollen durch den Schlußsatz für zulässig erklärt werden.

Digitized by Google

§. 35

stellt im Eingang einen Grundsatz auf, der sich von selbst versteht. Der Schwerpunkt des Paragraphen liegt in Absatz 2 und 3.

Der Absatz 2 kann als eine Folge des Grundsatzes gelten, daß der Versicherungsnehmer *vollen* Schadenersatz erhalten soll. Der Grundsatz wird auch bei der Immobiliarversicherung Anwendung finden können, wenn man nur im Auge behält, daß bei dieser Grund und Boden niemals in der Versicherung begriffen ist. Wenn also das abgebrannte Haus eine werthlose Ruine ist, so wird der Versicherungsnehmer verlangen können, daß ihm gegen Ueberlassung der Ruine zum Abbruch der Werth des ganzen Hauses ersetzt werde. Den Grund und Boden muß natürlich der Eigenthümer behalten.

Absatz 3 soll übertriebenen Ansprüchen des Versicherungsnehmers die Spitze abbrechen.

Zu §. 36.

Hier kommt vor Allem der in Nr. 4 aufgestellte Schlußsatz in Betracht. Die Bedingungen der Versicherungsgesellschaften stellen fast durchweg den Satz auf, daß jede Ueberliquidation Verlust des ganzen Anspruchs („und zwar für alle an dem betreffenden Brande betheiligten Versicherungen", A. V.-V. §. 10) zur Folge haben soll. Diese Strafbestimmung dürfte, auch wenn man sie auf den Fall arglistiger Täuschung beschränkt, für übertrieben zu halten sein. Es ist gewiß anzuerkennen, daß die Versicherungsgesellschaften unter übertriebenen Schadensberechnungen schwer leiden. Es ist ihnen daher nicht zu verübeln, wenn sie sich dessen zu erwehren suchen. Der Schutz durch öffentliche Strafe reicht dazu nicht aus. Es dürfte daher zu billigen sein, wenn die Gesellschaften jede Ueberliquidation, insofern sie nicht entschuldigt werden kann, mit einer Privatstrafe bedrohen, die sie zugleich für die Fälle einigermaßen entschädigt, wo die Ueberliquidation unentdeckt bleibt. Nicht zu billigen aber ist es, wenn jede Ueberliquidation mit dem Verlust der ganzen Entschädigung bedroht wird. Es ist dies eine unverhältnißmäßige Strafe, die lediglich vom Gesichtspunkt des Abschreckungsprinzips aufgestellt wird. Es wird genügen, wenn man jede Ueberliquidation mit einem ihrem Betrage entsprechenden Strafabzug bedroht. Hält

Digitized by Google

man dieses Maß ein, dann wird man die Bestrafung nicht auf den Fall eines arglistigen Handelns zu beschränken brauchen, sondern jede Ueberliquidation, die nicht als entschuldbar nachgewiesen werden kann, damit bedrohen können.

§. 37

beschäftigt sich mit dem Falle, wenn die unter einer einheitlichen Versicherungssumme begriffenen Sachen nur theilweise untergegangen sind oder wenn eine versicherte Sache nicht untergegangen, sondern nur beschädigt ist. Eine Bestimmung für Fälle dieser Art enthält auch Artikel 977 des Dresdener Entwurfs, dessen Inhalt jedoch hier nur theilweise aufgenommen ist.

Abs. 1 des §. 37 stimmt seinem Inhalte nach mit Abs. 1 des gedachten Art. 977 überein. Er ist eine folgerichtige Anwendung des in §. 12 Abs. 2 aufgestellten Grundsatzes. Gilt die Versicherungssumme als Werth der Sache, so muß der Versicherungsnehmer seine Berechnung dahin aufstellen können: „Die ganzen Sachen hatten den Werth der Versicherungssumme; die übrig gebliebenen haben den Werth von n; folglich muß nun gezahlt werden die Versicherungssumme minus n" Gegen diese Berechnung steht alsdann dem Versicherer nur die Einrede der Ueberversicherung zu.

Es würde aber unbillig sein, wenn man den Versicherungsnehmer auf diese Art der Berechnung beschränken wollte. Denn alsdann käme er jederzeit zu kurz, wenn er — was ihm doch vollkommen gestattet ist — unter dem Werthe versichert hätte.

Wären z. B. Mobilien im Werthe von 1000 zu 600 versichert und sie wären zur Hälfte verbrannt, so würde nach jener Berechnung der Versicherungsnehmer erhalten: 600 —500, also 100, womit doch sein Schaden nicht entfernt gedeckt wäre. Es muß ihm also auch zustehen, den Werth der untergegangenen Sachen unmittelbar seiner Berechnung zu Grunde zu legen. Verführe nun in dem zuletzt gedachten Falle der Versicherungsnehmer so, indem er sagte: „Die untergegangenen Sachen hatten einen Werth von 500, und diesen verlange ich ersetzt", dann würde aber auch der Versicherer sagen können: „Wir wollen doch erst sehen, welchen Werth die noch vorhandenen Sachen haben". Ergäbe sich, daß diese 500 werth seien, so wäre damit dargethan, daß die Versicherung nur $^6/_{10}$ des

Digitized by Google

Werthes der Sachen umfaßt hat, und daß daher für die untergegangenen Sachen nicht 500, sondern nur $^6/_{10}$ ihres Werthes, also 300 gefordert werden können. Da es hiernach in jedem Falle darauf ankommt, daß ein vollständiges Verzeichniß der noch vorhandenen Sachen aufgestellt werde, hierzu aber in der Regel nur der Versicherungsnehmer im Stande ist, so ist im Abs. 3 ihm die Pflicht auferlegt, dieses Verzeichniß aufzustellen und dessen Vollständigkeit eidlich zu erhärten.

§. 38

bezweckt, den bei einer Versicherung Betheiligten die Möglichkeit zu gewähren, zwecks Festsetzung der Entschädigung Beweise, auf die es ankommt, erheben zu lassen, ohne der Schwierigkeit eines Prozesses zu begegnen. Oefters sind sich Parteien vollkommen bewußt, daß es bei einer Entschädigungsfrage vor allem auf das Ergebniß eines bestimmten Beweismittels ankommt. Der §. 38 erklärt es für zulässig, daß auf ihren gemeinsamen Antrag dieses Beweismittel unter verhältnißmäßig geringen Kosten durch das Gericht erhoben werde. Geht man davon aus, daß im volkswirthschaftlichen Interesse Versicherungen überhaupt zu begünstigen sind, daß auch denjenigen, der eine Versicherungssumme in Anspruch nimmt, in der Regel soeben erst ein Schicksalsschlag getroffen hat, von dem er sich durch Bezug der Versicherungssumme erholen will, so wird man es gewiß billigen, wenn das Gesetz den bei einer Versicherung Betheiligten die Hand reicht, um streitige Punkte auch ohne förmlichen Prozeß unter Beihülfe der Gerichte zu erledigen.

Zu §. 39.

Hier sind zwei Punkte zu besprechen:

1. die Beschränkung der Vorschrift auf schweres Verschulden, und
2. die Zufügung der „Familienglieder".

Aeltere Gesetze und Entwürfe (Pr. Landrecht, H.-G.-B., Pr. Entw., baier. Entw.) lassen jedes Verschulden des Versicherungsnehmers die Entschädigungspflicht ausschließen. Neuere Entwürfe (Dresden, Schweiz) beschränken den Ausschluß auf den Fall groben Verschuldens. Man wird sich nur für das Letztere entscheiden können. In eigenen Angelegenheiten sich stets mit der größten Sorgfalt zu

Digitized by Google

bewegen, ist äußerst schwierig. Nur Wenige werden von sich sagen können, daß sie das immer thun. Wer sich gegen ein schweres Unglück versichert, will gerade auch dagegen versichert sein, daß er nicht vielleicht selbst durch ein leichtes Versehen das Unglück herbeiführe. Es ist daher nach richtiger Erkenntniß menschlicher Verhältnisse durchaus berechtigt, den Versicherungsnehmer nicht schon wegen jeden geringen Versehens der Wohlthat der Versicherung für verlustig zu erklären. Damit stimmen auch die Geschäftspläne mancher Versicherungsgesellschaften überein. Die A.V.-B. erklären den Versicherten der Entschädigung nur dann für verlustig, „wenn er den Brand vorsätzlich oder durch grobes Verschulden verursacht habe". Die Bedingungen der Wilhelma zu Magdeburg (Versicherung gegen Reiseunfälle) erklären die Entschädigung für ausgeschlossen, wenn der Versicherte durch Muthwillen oder grobe Fahrlässigkeit den Unfall sich zuzieht.

Was den zweiten oben hervorgehobenen Punkt betrifft, so muß vor dessen Erörterung hier

§. 40

besprochen werden. Dieser stellt den allgemein anerkannten Satz auf, daß Ersatzansprüche, die der Versicherungsnehmer gegen den Urheber des Schadens hat, auf den Versicherer, der den Schaden vergütet, übergehen. Es entspricht dies durchaus der Gerechtigkeit. Die juristische Konstruktion des Verhältnisses beruht auch hier (wie oben bei §. 31) auf einer fingirten Cession. Daß ein Dritter, der den Unfall verursacht hat, auch für leichtes Verschulden haftet, versteht sich von selbst.

Abs. 2 und 3 sind dem H.-G.-B. nachgebildet.

Nun entsteht aber die Frage: wie, wenn der Unfall, z. B. die Feuersbrunst, durch ein leichtes Verschulden eines Familienmitgliedes herbeigeführt wird? Soll alsdann zwar der Versicherungsnehmer die Entschädigung beziehen, der Versicherer aber sofort gegen das Familienglied seinen Rückgriff nehmen können? Damit wäre in unzähligen Fällen der Zweck der Versicherung verfehlt. Was kann es dem Mann helfen, wenn ihm die Entschädigung bezahlt, gleich darauf aber seine Frau auf Ersatz dafür belangt wird; oder wenn eines seiner Kinder, mit dieser schweren Schuld belastet, seinen

Digitized by Google

Lebensweg antreten soll? Es würde dadurch die Versicherung mittelbar die Bedeutung einer Wohlthat verlieren. Der §. 40 nimmt daher die bei dem Versicherungsnehmer lebenden Familienglieder von der Haftpflicht aus. Thut man dies, dann wird man aber auch die Familienglieder dem Versicherungsnehmer selbst darin gleichstellen müssen, daß auch durch ihr grobes Verschulden die Entschädigungspflicht von vornherein ausgeschlossen wird. Denn ganz ohne Folgen kann doch ihr schuldvolles Verhalten nicht bleiben. Auf dieser Erwägung beruht die Erwähnung der Familienglieder in §. 39. Die Bestimmungen in §. 39 und §. 40 Abs. 4 stehen in genauer Wechselbeziehung.

Es sei hier noch erwähnt, daß auch §. 2156 des Preußischen Landrechts das Verschulden von Ehegatten, Kindern und Enkeln dem Verschulden des Versicherungsnehmers selbst gleichstellt. Dort aber, wo jedes Verschulden der Versicherung verlustig machen soll, hat diese Gleichstellung eine ganz andere Bedeutung.

Man könnte noch die Frage aufwerfen, ob nicht das Hausgesinde den Familiengliedern gleichzustellen sei. Es dürfte aber für den Versicherungsnehmer sehr hart sein, wenn er — abgesehen von dem Falle seines groben Verschuldens in der Wahl — auch die Schuld seines Gesindes auf sich nehmen sollte. Danach wird man aber auch das Gesinde nicht von dem Rückgriff des Versicherers auszuschließen haben; wenn auch dieses Rückgriffsrecht wegen der exceptio Caesarea keine große Bedeutung hat.

§§. 41 und 42

behandeln die wichtige Frage, welche Rechte neben dem Eigenthümer die an der Sache dinglich Berechtigten, also namentlich die Hypothekgläubiger, an der Versicherungssumme haben sollen. Es liegt im Interesse des Realkredits, den Grundsatz aufzustellen, daß die Versicherung zugleich zur Sicherstellung der Realgläubiger dient.

Schon das Preußiche Gesetz vom 5. Mai 1872 §. 30 bestimmt, daß die dem Eigenthümer zufallenden Versicherungsgelder, soweit sie nicht zur Wiederherstellung der abgebrannten Gebäude verwendet werden, für die eingetragenen Realforderungen haften. Auch die Allgemeinen Versicherungs-Bedingungen §. 12 enthalten die Bestimmung, daß bei Belastung des Grundstücks mit Hypotheken

Digitized by Google

die Entschädigung nur behufs Wiederherstellung des Gebäudes, oder nachdem diese gesichert ist, bezahlt werden soll. Uebrigens berührt die Frage nicht bloß den Immobiliarkredit. Auch wenn z. B. ein Waarenlager gepfändet und einstweilen in den bisherigen Räumlichkeiten belassen ist, kann sie zur Entscheidung kommen.

§. 42 soll den Realgläubigern ihr Recht wahren auch in dem Falle, wenn der Eigenthümer sein Recht zur Strafe verliert. Absatz 1 ist auch in den Allgemeinen Versicherungs-Bedingungen §. 10 enthalten.

Zu §. 43.

Absatz 1 entspricht der Natur der Versicherung als eines mit der Sache verknüpften Rechts. Absatz 2 ist begründet durch das Interesse der Versicherungsgesellschaften, bei der oft so schwierigen Verhandlung über die Entschädigungsfrage sich nicht eine beliebige dritte Person als Gegner unterschieben zu lassen.

Zu §. 44.

Bei der Möglichkeit, daß sich Unfälle an der versicherten Sache in kurzer Zeit wiederholen, muß die Frage entschieden werden, ob der Versicherer die Versicherungssumme nur einmal oder mehrmals zu bezahlen habe. Der Gerechtigkeit wird es entsprechen, wenn der Versicherer aus derselben Versicherung immer nur einmal die Versicherungssumme zu zahlen hat. Außerdem wird man zulassen müssen, daß nach Eintritt eines Unfalls der bisherige Vertrag aufgelöst oder gekündigt wird, schon deshalb, weil bei dem Eintritt des Unfalls sich Verhältnisse ergeben können, die den Fortbestand des Vertrages für den einen oder den anderen Theil nicht wünschenswerth machen.

Abschnitt III des Entwurfs

behandelt die Lebensversicherung und die ähnlichen Versicherungsfälle. Nach dem einleitenden §. 45 behandeln die §§. 46—55 den Hauptfall der Lebensversicherung, daß nämlich der Versicherungsnehmer sein eigenes Leben gegen ein bei seinem Tode zu zahlendes Kapital versichert. Durch die gesonderte Behandlung dieses wichtigsten Falles dürfte die gesammte Darstellung an Klarheit gewinnen. §. 56 behandelt sodann die abweichenden Fälle der Versicherung des eigenen Lebens und stellt für diese einige Regeln auf. Die §§. 57 und 58

Digitized by Google

behandeln den Fall, wo für das Leben eines Dritten Versicherung genommen wird. Die §§. 59—66 stellen dann noch für die Lebensversicherung eine Anzahl von Regeln auf, wobei in §. 60 auf verschiedene Paragraphen des früheren Abschnittes Bezug genommen werden kann. §. 67 endlich bespricht die der Lebensversicherung analog zu behandelnden Fälle der Versicherung.

Zu §§. 46 bis 53.

Bei Gestaltung der Lehre von der Lebensversicherung wird vor Allem die Frage zu entscheiden sein, ob man die Schaffung von Versicherungsscheinen (Policen), die auf den Inhaber lauten, gestatten will? Manche Gesellschaftspläne gewähren solche, Andere enthalten wenigstens die Bestimmung, daß der Versicherer, wenn auch nicht verpflichtet, doch berechtigt sei, die Versicherungssumme an den Inhaber der Police zu zahlen.

Die Frage, in welchem Maße die Schaffung von Inhaberpapieren im Rechtsleben freizugeben sei, kann man ja als eine solche, worüber sich streiten läßt, betrachten. Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs hat sie im Allgemeinen verneint, und in Uebereinstimmung damit dürfte es geboten sein, auch die Versicherungsscheine der Lebensversicherungen nicht als Inhaberpapiere zuzulassen.

Geht man hiervon aus, so ergeben sich zwei Formen der Lebensversicherung. Entweder stellt der Versicherungsnehmer den Versicherungsschein auf sich selbst, oder auf einen Dritten. In beiden Fällen erwirbt den Anspruch aus der Lebensversicherung der Versicherungsnehmer zunächst für sich. Und dies hat die Folge, daß er jederzeit darauf verzichten oder auch zu Gunsten Anderer darüber verfügen kann. In der Form aber, in der er diese Verfügung treffen darf, muß unterschieden werden.

Ist der Versicherungsschein auf den Versicherungsnehmer selbst gestellt — und so ist die Sache nicht bloß dann anzusehen, wenn gar kein Empfangsberechtigter darin genannt ist, sondern auch dann, wenn der Versicherungsschein auf die Erben oder Rechtsnachfolger des Versicherungsnehmers lautet —, so stellt sich der Anspruch aus der Versicherung als ein gewöhnliches, jedoch erst mit dem Tode des Versicherten fälliges Forderungsrecht dar, über das der Ver-

Digitized by Google

sicherungsnehmer unter Lebenden und von Todeswegen verfügen kann. Hat er nicht unter Lebenden darüber verfügt, so bildet das Forderungsrecht einen Theil seines Nachlasses. Ist der Nachlaß überschuldet, so dürfen die Gläubiger die Versicherungssumme zu ihrer Befriedigung heranziehen.

Anders, wenn der Versicherungsnehmer die Versicherung von vornherein zu Gunsten eines namhaft gemachten Dritten gestellt hat. Zwar erwirbt auch in diesem Falle der Versicherungsnehmer zunächst ein Forderungsrecht für sich selbst. Er kann darauf, so lange er dem Dritten das Forderungsrecht nicht übertragen hat, verzichten und auch bis zu seinem Tode anderweit darüber verfügen. Für diese anderweite Verfügung soll jedoch (nach §. 49) nur die Form gelten, daß der Versicherungsnehmer die Versicherung auf einen anderen Namen umschreiben läßt. Natürlich kann er ihn auch auf sich selbst umschreiben lassen, und dann hat der Versicherungsschein ganz die Natur, als ob er von vornherein auf den Versicherungsnehmer gestellt wäre.

Ein unwiderrufliches Recht erhält der benannte Dritte erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers. Er soll es aber auch schon während dessen Leben dadurch erhalten können, daß der Versicherungsnehmer ihm die Rechte aus der Versicherung überträgt. Dies soll (nach §. 48) in der einfachen Form der Uebergabe des Versicherungsscheins geschehen können; und zwar dergestalt, daß der Besitz des Versicherungsscheins für den Dritten die Vermuthung der Uebertragung zum Eigenthum in sich schließt. Daß der in dem Versicherungsschein benannte Dritte auch durch „Beitritt" zu dem Vertrage ein selbstständiges Recht auf die Versicherungssumme erhalte, ist eine völlig haltlose Lehre, die auf einem Nichtverständnisse der Verträge zu Gunsten Dritter beruht und die jedem Gerechtigkeitsgefühle widerspricht.

Zu §. 54.

Der schwierigste Punkt auf diesem Gebiete liegt in der Frage: welche Rechte sollen bei Ueberschuldung des Versicherungsnehmers oder seines Nachlasses die Gläubiger an der auf den Namen eines Dritten lautenden Lebensversicherung geltend machen können. (Vgl. über diese Frage den Aufsatz von Scherer in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 S. 149 ff.; eine Arbeit, die eine ziemlich umfassende Dar-

Digitized by Google

stellung des Standes der Frage giebt.) Die Entscheidungen der Gerichte sind in dieser Frage verschieden ausgefallen.

Da der Versicherungsnehmer, so lange er lebt, auch diejenige Versicherung, die auf einen Dritten gestellt ist, zurücknehmen und als eigenes Vermögensstück behandeln kann, so erscheint es folgerichtig, dieses Recht auch seinen Gläubigern einzuräumen.*) Ausgeschlossen wird dieses Recht aber dadurch, daß der Versicherungsnehmer das Recht aus der Versicherung bereits dem Dritten übertragen hat. In diesem Falle hat der Dritte durch die Uebertragung ein selbständiges Recht erworben, und es kann daher eine Anfechtung dieser Uebertragung nur nach den Grundsätzen stattfinden, die überhaupt bei Geschäften in fraudem creditorum zur Anwendung kommen.

Auch mit dem Tode des Versicherungsnehmers geht das Recht aus der Versicherung selbständig auf den Dritten über, und auch in diesem Falle können daher die Gläubiger die Versicherungssumme nicht ohne Weiteres zu ihrer Befriedigung heranziehen. Wohl aber wird man den Gläubigern unter allen Umständen gestatten müssen, diejenigen Einlagen, die der Versicherungsnehmer in bewußter Benachtheiligung seiner Gläubiger auf die Versicherung bezahlt hat, aus der Versicherungssumme vorwegzunehmen. Außer diesem Falle liegt kein genügender Grund vor, dem Dritten den aus der Versicherung gewonnenen Vortheil, den der Versicherungsnehmer ihm hat zuwenden wollen, zu entziehen.

Der letzte Absatz des §. 39 ist bestimmt, die Art und Weise ähnlicher Anfechtungen zu regeln. Es ist dabei namentlich an das Recht der Notherben und an die (gemeinrechtlich bestehenden) Beschränkungen für die Zuwendungen an den zweiten Ehegatten gedacht.

Zu §. 55.

Wenn ein Gläubiger, dem ein Versicherungsschein verpfändet ist, oder auch einzelne Gläubiger im Konkurse, zu dessen Masse ein Versicherungsschein gehört, um die Versicherung nicht verfallen zu lassen, die laufenden Einlagen dafür bezahlen, so entspricht es der Gerechtigkeit, daß sie bei Eingang der Versicherungssummen zunächst diese Einlage daraus ersetzt erhalten und nur den Rest auf ihre

*) Ich selbst habe in meinem früheren Entwurf das Gegentheil angenommen, bin aber von dieser Ansicht zurückgekommen.

Digitized by Google

Forderungen sich anzurechnen brauchen. Die Einlagen sind Verwendungen, die sie zur Erhaltung der Versicherung gemacht haben. Kann dies auch schon aus allgemeinen Grundsätzen gefolgert werden, so erscheint es doch angemessen, es ausdrücklich auszusprechen.

§. 56

behandelt die von der regelmäßigen Art der Lebensversicherung (§. 46) abweichenden Arten derselben und stellt für diese, soweit es eben thunlich ist, einige Regeln auf. Allerdings werden diese Regeln die Sache nicht erschöpfen; vielmehr muß bei der Mannigfaltigkeit der denkbaren Verhältnisse das Wesentliche der Autonomie der Betheiligten überlassen bleiben.

§§. 57 und 58

handeln von den Fällen, in welchen die Lebensversicherung auf das Leben eines Dritten gestellt wird. Die in §. 57 aufgezählten Fälle, in denen dies zulässig sein soll, sind die gewöhnlich angenommenen, wenn auch manche Entwürfe nicht alle drei Fälle aufführen. Unter Nr. 2 sind die „Verlobten" (die der Preußische Entwurf mit aufzählt) nicht aufgenommen; es dürfte dafür kaum ein Bedürfniß vorhanden sein. Auch müßten, wenn man sie aufnähme, wohl Bestimmungen darüber getroffen werden, wie es werden soll, wenn das Verlöbniß sich wieder auflöst.

Zu §. 61.

Bei Lebensversicherungen ist es eine öfter vorkommende Täuschung, daß das Alter der Versicherten zu niedrig angegeben wird. Die Gefahr des Versicherers wird dadurch natürlich erhöht. Aber Absatz 2 des §. 22 erscheint auf diesen Fall nicht anwendbar. Dagegen ergiebt sich als einfaches Mittel, der Täuschung zu begegnen, daß eine entsprechende Herabsetzung der Versicherungssumme eintritt.

Zu §. 62.

Die Geschäftspläne aller Versicherungsgesellschaften stellen gewisse Fälle veränderter Lebensführung oder gewisse Todesarten auf, bei welchen die Versicherung hinfällig werden soll. Man wird ihnen dies nicht verwehren können, da sie sonst eine ganz ungemessene

Digitized by Google

Gefahr übernähmen. Gesetzlich allgemein auszusprechen, daß stets ein durch „Verschulden" oder auch durch „grobes Verschulden" herbeigeführtes Lebensende des Versicherten den Anspruch aus der Versicherung ausschließe, dürfte bedenklich sein.

Zu §. 63.

Zu den Fällen, die regelmäßig von der Versicherung ausgenommen zu werden pflegen, gehört vor Allem der Fall des Selbstmordes. Gerade dieser Fall hat aber vielfach in den Entscheidungen der Gerichte eine beschränkende Auslegung gefunden, dahin, daß der Selbstmord nicht als Grund des Verfalls der Versicherung gelten könne, wenn er in unzurechnungsfähigem Zustande vollführt ist. Demgemäß haben auch die neueren Gesetzentwürfe diesen Grundsatz aufgestellt. Der Entwurf schließt sich dem an. Und zwar ist — nach Vorgang der Statuten der Badenschen Versorgungsanstalt §. 375 — neben der Geisteskrankheit auch die Körperkrankheit als den Selbstmord entschuldigend aufgeführt. Körper- und Geisteskrankheit werden in vielen Fällen in einander übergehen. Und wo jemand von körperlichen Qualen so schwer heimgesucht ist, daß ihm das Leben unerträglich wird, da sollte man ihn nicht auch noch durch Absprechung der vielleicht mit schweren Opfern für seine Angehörigen erworbenen Lebensversicherung strafen wollen. Um jedoch Mißbräuchen entgegenzutreten, ist in §. 63 eine beschränkende Ausnahme mit einer dafür geltenden Vermuthung hinzugefügt.

Zu §. 65.

Wer eine Lebensversicherung übertragen erhalten hat, während der Versicherungsnehmer nach wie vor die laufenden Einlagen bezahlen soll, hat ein Interesse daran, daß nicht etwa der Versicherungsnehmer durch Säumniß in Entrichtung der Einlage die Versicherung verfallen lasse. Um ihn hiergegen zu schützen, soll ihm durch §. 65 das Recht verliehen werden, seinen Erwerb bei dem Versicherer anzumelden, mit der Wirkung, daß dadurch der Versicherer genöthigt wird, den Erwerber von der ersten Säumniß des Versicherungsnehmers zu benachrichtigen, damit dann der Erwerber für ihn die Einlagen bezahlen kann.

Digitized by Google

§. 66

unternimmt, die schwierige Frage der Konkurserkennung wider einen Lebensversicherungsbetrieb zu regeln. Es sind dabei namentlich zwei Fragen zu entscheiden:

1. wann ist ein solcher Betrieb zur Konkurserkennung reif?
2. was haben die Versicherungsnehmer im Konkurse zu fordern?

Was die erste Frage betrifft, so kommt hier in Betracht, daß bei der Lebensversicherung die zu erfüllenden Ansprüche weit hinaus liegen und stets von Zufälligkeiten abhängen. Es kann aber nach den Grundsätzen der Wahrscheinlichkeitsrechnung schon lange vorher, ehe diese Ansprüche reif geworden sind, unzweifelhaft sein, daß die eingegangenen Verbindlichkeiten mit den vorhandenen Mitteln nicht erfüllt werden können. Wollte man nun gleichwohl die Sache ruhig gehen lassen, so würde die Folge die sein, daß zwar die zuerst reif werdenden Ansprüche noch voll erfüllt würden, alle später auftretenden Berechtigten aber gar nichts bekämen.

Es kommt namentlich vor, daß Gesellschaften der fraglichen Art (z. B. Wittwenkassen) unternommen werden auf Grund mangelhafter statistischer Grundlagen oder unrichtiger Berechnungen. Nach einiger Zeit stellt sich heraus, daß mit den durch die Einlagen beschafften Mitteln die zugesicherten Summen (Wittwenpensionen 2c.) garnicht auf die Dauer bezahlt werden können. Soll nun gleichwohl fortbezahlt werden, bis die Mittel aufgebraucht sind, so daß die zuletzt Kommenden garnichts mehr erhalten? Das widerspricht dem Grundgedanken des heutigen Konkursrechts. Es muß schon vorher, sobald die Insolvenz der Anstalt in hohem Grade wahrscheinlich ist, zwecks gleichmäßiger Befriedigung aller Interessenten konkursmäßig eingeschritten werden. Dies besagt der erste Satz des §. 66.

Was die zweite oben aufgestellte Frage betrifft, so ergiebt sich für diejenigen Versicherungsnehmer, deren Anspruch aus der Versicherung bereits reif geworden ist, der konkursmäßig zu befriedigende Anspruch von selbst; er besteht in der fällig gewordenen Versicherungssumme. Schwieriger aber ist die Frage: wie haben diejenigen Versicherungsnehmer, deren Anspruch noch nicht reif geworden ist, also noch von einer mehr oder minder unsicheren Zukunft abhängt, ihre Ansprüche konkursmäßig zu liquidiren? Man könnte daran denken,

Digitized by Google

diese Ansprüche nach einer berichtigten Berechnung so festzustellen, wie es die vorhandenen Befriedigungsmittel erlauben.*) Indessen ist jede solche Berechnung äußerst schwierig und sie kann ihrer Natur nach immer nur zu unsicheren Ergebnissen führen. Weit einfacher ist es, den Versicherungsnehmern, deren Ansprüche noch nicht fällig geworden sind, das Recht zu gewähren, ihre Einlagen mit Zinsen zurückzufordern. Es wäre aber möglich, daß diese Einlagen bereits den Betrag der Versicherungssumme, die eventuell ihnen zufallen würde, überstiegen. Dann kann keinenfalls mehr liquidirt werden, als diese Versicherungssumme. Haben bereits Theilzahlungen aus der Versicherung stattgefunden (wie dies namentlich in dem Falle vorkommen kann, wo die Versicherungssumme in einer zu zahlenden Rente besteht), so müssen diese Theilzahlungen auf die Einlagen angerechnet werden. (Ist also für eine aus der Versicherung zu zahlende Rente bereits so viel ausgezahlt worden, als Einlagen für die Versicherung gemacht sind, so würde im Falle des Konkurses die weitere Zahlung der Rente aufhören.) Diese ganze Lösung der Frage trägt zwar keine juristische Vollkommenheit in sich. Aber sie dürfte doch nicht als ungerechte gelten können. Hiernach sind die letzten Sätze des §. 66 aufgestellt.

Zu §. 68.

Daß für die Ansprüche aus einer Versicherung eine kurze Verjährung ein Bedürfniß ist, erscheint unzweifelhaft. Die einem solchen Anspruche zu Grunde liegenden Verhältnisse bedürfen im Interesse des Versicherers einer genauen Erkundung. Diese aber wird immer schwieriger, je mehr Zeit seit dem Unfall verstrichen ist. Deshalb enthalten regelmäßig die Geschäftspläne die Bestimmung, daß jene Ansprüche binnen einer bestimmten kurzen Frist klagbar gemacht werden müssen. Wenn nun aber manche Geschäftspläne eine sehr kurze Frist bestimmen, wenn z. B. die Allgemeinen Versicherungsbedingungen in §. 11 besagen:

> „Alle nicht innerhalb sechs Monaten nach dem Brande entweder ihrem Betrage nach von der Gesellschaft schriftlich und vorbehaltlos anerkannten oder durch Klage bei dem

*) Ich habe selbst in meinem früheren Entwurf auf diese Weise die Frage zu lösen gesucht.

Digitized by Google

zuständigen Gerichte und deren Zustellung geltend gemachten Ansprüche auf Entschädigung sind durch den bloßen Ablauf jener Frist erloschen."

so dürfte das doch etwas zu scharf gegriffen sein. In Uebereinstimmung mit dem Dresdener Entwurf ist oben vorgeschlagen, im Allgemeinen eine dreijährige Verjährung eintreten zu lassen, daneben aber zu gestatten, diese Frist im Geschäftsplan bis auf ein Jahr herabzusetzen. Damit dürfte dem Zwecke genügt sein.

Zu §. 69.

Durch die Natur der Versicherungsgeschäfte wird es nöthig, vielfach die Rechte aus der Versicherung an die Einhaltung bestimmter Fristen zu knüpfen. Diese Strenge darf aber nicht zur Härte gegen die Versicherungsnehmer ausarten. Um dies zu vermeiden, ist es angemessen, gegen den Ablauf solcher kurzen Fristen, wenn die Versäumniß unverschuldet ist, eine Art Restitution zu gewähren. Denken wir uns z. B., daß der Inhaber einer Lebensversicherung kurz vor Ablauf der Frist für die Zahlung der Einlage schwer erkrankt, daß dadurch die Zahlung versäumt wird, und daß nun der Kranke stirbt, so würde es äußerst hart sein, wenn seine Angehörigen der Versicherung für verlustig erklärt würden. Für Fälle dieser Art soll der §. 69 zu Hülfe kommen: Die Worte „ein Naturereigniß oder ein anderer unabwendbarer Zufall" sind dem §. 211 der Civilprozeß-Ordnung entnommen.

§. 70

bezweckt, dem aus der Versicherung Berechtigten zur Geltendmachung seiner Rechte einen sicheren und bequemen Gerichtsstand zu gewähren. Fast alle Versicherungsgesellschaften sind durch zahlreiche in ganz Deutschland verbreitete Agenten vertreten. Wenn in dieser Weise die Gesellschaften in der Person ihrer Agenten gewissermaßen überall ansässig sind, so ist es nicht mehr wie billig, daß sie auch an diesen Orten ihre Zahlungen leisten und vor den Gerichten dieser Orte Recht nehmen. Die Nöthigung der aus der Versicherung Berechtigten, die Gesellschaften an ihrem Hauptsitze zu verklagen — in manchen Geschäftsplänen ist dies ausdrücklich vorbehalten —, ist eine Erschwerung der Rechtsverfolgung, die keine Rechtfertigung in sich trägt. Hierauf gründet sich der Absatz 1 des §. 70.

Digitized by Google

Absatz 2 bestimmt, daß als Erfüllungsort für die Zahlung der Einlagen mit dem daran sich knüpfenden Gerichtsstande nur der Wohnort des Versicherungsnehmers gelten soll. (Vgl. §. 325 d. H.-G.-B. und dazu Entsch. d. R.-G. Bd. 1 Nr. 158.) Der genannte Satz ist besonders veranlaßt durch ein Reichsgerichts-Erkenntniß, Entscheidungen Bd. 4 Nr. 111, welches ausspricht, daß bei Gegenseitigkeitsgesellschaften die Mitglieder nach §. 23 der Civilprozeß-Ordnung auch an dem Orte, wo die Gesellschaft besteht, auf die zu zahlenden Einlagen verklagt werden können. Auch wenn man die juristische Erörterung, die zu diesem Ergebniß geführt hat, für richtig halten sollte, dürfte doch das Ergebniß selbst so wenig ansprechend sein, daß dessen Billigung durch Gesetz sich nicht empfiehlt.

§. 71

redet von der Wirksamkeit des Gesetzes auf bestehende Versicherungsbetriebe. Es wird keiner Rechtfertigung bedürfen, daß §. 2 Abs. 2 und §. 3 auch auf bestehende Betriebe Anwendung finden soll. Der zweite Absatz stellt zugleich klar, daß auf bereits abgeschlossene Versicherungen das Gesetz keine Anwendung findet.

§. 72

nimmt zunächst Versicherungen, die das Reich oder der Staat betreibt, von den Vorschriften dieses Gesetzes aus. Man darf annehmen, daß für Versicherungen dieser Art bereits genügende gesetzliche Vorschriften bestehen. Gleiches gilt von allen den Versicherungen, die bereits durch besondere Gesetze geordnet sind. Dahin gehören namentlich die durch Reichsgesetz geordneten Arbeiterversicherungen. Endlich sollen auch diejenigen Versicherungen dem Gesetze nicht unterworfen sein, die bei anderen Gewerbebetrieben nur nebenbei übernommen werden. Es würde bedenklich sein, auf diese meist unbedeutenden Versicherungen den ganzen Apparat dieses Gesetzes für anwendbar zu erklären. Auch haben sie bisher ohne ersichtlichen Schaden der gesetzlichen Regelung ermangelt.

Digitized by Google

2.

Die Haftung für das Fehlen und die Mängel der Verpackung.

(Nach Artikel 9 des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr.) [1]

Von Regierungsrath Dr. **Georg Eger** in Breslau.

Der Artikel 9 des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr enthält Vorschriften über die Verpflichtung des Absenders zur Verpackung des Frachtguts, über die Berechtigung der Eisenbahn, bei Nichterfüllung dieser Verpflichtung seitens des Absenders, die Annahme des Guts zu verweigern oder eine Anerkennungserklärung in Betreff des Fehlens oder der Mängel der Verpackung von diesem auf dem Frachtbriefe und außerdem noch nach vorgeschriebenem Formular zu verlangen, sowie über die rechtlichen Folgen, welche die Ausstellung bezw. Nichtausstellung einer solchen Erklärung in Bezug auf die Haftpflicht für das Gut nach sich zieht.

Bevor der Erörterung dieser wichtigen Vorschriften näher getreten wird, erscheint es für das Verständniß derselben von Bedeutung und Interesse, aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 9 Folgendes hervorzuheben.

[1] Vgl. die Abhandlung desselben Verfassers über den Abschluß der internationalen Eisenbahnfrachtvertrages und die Bedeutung des Frachtbriefs und Duplikats nach Art. 8 des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr in diesem Archiv Bd. VI S. 127 bis 147.

Digitized by Google

Der Schweizer Entwurf des internationalen Uebereinkommens enthielt über die in Rede stehende Materie ohne weitere Motivirung folgende Bestimmung:

Art. 5. Verpackung.

„Soweit die Natur des Frachtgutes und die Art des Transportmittels eine Verpackung nöthig macht, liegt die gehörige Besorgung derselben dem Versender ob.

Für die Folgen von Mängeln der Verpackung, welche äußerlich nicht erkennbar sind, hat der Absender einzustehen und jeden daraus entstehenden Schaden an sich selbst zu tragen, beziehungsweise der Bahnverwaltung zu ersetzen.

Für die Folgen von Mängeln der Verpackung, welche schon bei der Absendung hätten bemerkt werden können, hat dagegen der Absender nur dann einzustehen, wenn die Transportanstalt sich auf einen mit dem Absender oder dessen Beauftragten vereinbarten Vorbehalt stützt oder dem Absender ein arglistiges Verfahren zur Last fällt.

Der Vorbehalt über Mängel der Verpackung wird nur berücksichtigt, wenn er im Frachtbriefe, sowie in dem allfälligen Duplikate (Art. 4 Schlußsatz) vorgemerkt ist und dabei die betreffenden Mängel speziell bezeichnet sind."

Hierzu wurde in der Kritik[2]) des Entwurfs bemerkt:

„Artikel 5 des Schweizer Entwurfs enthält den richtigen, fast allen Frachtrechten eigenen Satz, daß die Eisenbahn für äußerlich nicht erkennbare Mängel nicht zu haften hat, wohl aber für äußerlich erkennbare Mängel, weil sie sich betreffs der letzteren gewissermaßen selbst im Verschulden ungenügender Kontrole bei der Annahme befindet.

Daher soll auch Art. 5 nicht bloß die Vermuthung feststellen daß ein einmal angenommenes Frachtstück keine äußerlich erkennbaren Mängel an sich getragen habe. Denn die Vermuthung würde — wie Fick bei Goldschmidt Bd. 19, Anl.-H. S. 76 richtig hervorhebt — den Gegenbeweis nicht ausschließen, und es könnte dann ein Absender, der im guten Glauben, daß die Anstalt, wenn irgend eine Gefahr aus ganz offenkundigen Mängeln der Verpackung

[2]) s. Eger, die Einführung eines internationalen Eisenbahnfrachtrechts S. 64, 65.

Digitized by Google

für die Waare selbst oder gar für andere Waaren hervorgehen könnte, das Frachtstück refüsirt haben würde, es unterlassen hat, den Mangel zu beseitigen, für allen aus solchen Mängeln hervorgehenden Schaden verantwortlich gemacht werden. Dies soll aber wegen des konkurrirenden, größeren Verschuldens der Annahme-Bahn nicht geschehen, vielmehr die Bahn nur bei nachweislich doloser Handlungsweise des Absenders sich auch durch äußerlich erkennbare Mängel exkulpiren und den Gegenbeweis führen dürfen.

Dem Artikel 5 des Entwurfs fehlt aber das Korrelat zu dem vorstehenden Satze, d. h. die damit korrespondirende Vorschrift, daß die Eisenbahn, eben wegen dieser verschärften Haftung für äußerlich erkennbare Mängel der Verpackung, auch nicht verpflichtet ist, mangelhaft verpackte Güter anzunehmen. (Art. 422 Nr. 1 D. H.-G.-B. §. 47, Alin. 1 Deutsches Betr.-Regl.) Es mangeln ferner dem Entwurfe die für den Verkehr praktisch äußerst wichtigen Bestimmungen, daß die Signatur der Güter mit den Angaben des Frachtbriefs genau übereinstimmen muß und bei Stückgütern die Eisenbahn die Bezeichnung der Bestimmungsstation auf dem Gute, wenn dies möglich, verlangen kann.

Ebenso entbehrt der Entwurf der Vorschrift, daß für falsche und ungenaue Deklaration vom Transporte ausgeschlossener oder nur bedingungsweise zugelassener Gegenstände eine Konventionalstrafe an die Eisenbahn zu entrichten ist, und ferner einer Bestimmung darüber, in welcher Form diese Gegenstände dem Publikum publizirt werden."

In Berücksichtigung dieser Ausführungen schlug der deutsche Entwurf folgende Fassung vor:

Art. 5.

„Soweit die Natur des Frachtgutes zum Schutze gegen Verlust oder Beschädigung auf dem Transporte eine Verpackung nöthig macht, liegt die gehörige Besorgung derselben dem Versender ob.

Ist der Versender dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so ist die Eisenbahn, falls sie nicht die Annahme des Gutes verweigert, berechtigt zu verlangen, daß der Absender auf dem Frachtbriefe das Fehlen oder die Mängel der Ver-

Digitized by Google

packung unter spezieller Bezeichnung anerkennt und der Abgangsstation hierüber eine gleichlautende besondere Erklärung ausstellt.

Für derartige bescheinigte, sowie für solche Mängel der Verpackung, welche äußerlich nicht erkennbar sind, hat der Absender zu haften und jeden daraus entstehenden Schaden zu tragen, beziehungsweise der Bahnverwaltung zu ersetzen. Ist die Ausstellung der gedachten Erklärung nicht erfolgt, so haftet der Absender für äußerlich erkennbare Mängel der Verpackung nur, wenn ihm ein arglistiges Verfahren zur Last fällt."

und bemerkte in den Motiven:

„Die Aenderungsvorschläge zu Art. 5 sind wesentlich redaktionelle. Im Uebrigen erschien es zweckmäßig, eine bestimmte Form für die betreffende Erklärung vorzuschreiben (§. 4 Ausführ.-Bestimmungen und Anl. 3) und weiter anzuordnen, daß eine gleichlautende Erklärung zum Gebrauch der Eisenbahnen ausgestellt wird."

In der I. Konferenz wurde Art. 9 wörtlich in der Fassung des deutschen Entwurfs angenommen, nachdem ein von der Schweiz gestellter, von Frankreich unterstützter Antrag auf Hinzufügung eines Beisatzes:

„Die Handelsübung entscheidet über die Nothwendigkeit und Beschaffenheit der Verpackung; im Streit entscheidet der Richter der Abgangsstation über diese Fragen."

als entbehrlich abgelehnt worden war.

In der II. Konferenz beantragte die deutsche Delegation, folgenden Zusatz aufzunehmen:

„Die Aufgabestation ist zu verlangen berechtigt, daß seitens des Versenders Stückgüter mit der Bezeichnung der Bestimmungsstation in dauerhafter Weise versehen werden."

Dieser Vorschlag wurde jedoch auf Antrag der II. Kommission abgelehnt, nachdem dieselbe dagegen geltend gemacht hatte: „sie ziehe dabei in Betracht, daß der in diesem Vorschlag enthaltene Grundsatz zwar zulässig sei, wo es sich um eine begrenzte Anzahl von Kollis handle, daß derselbe aber nicht durchgeführt werden könne,

Digitized by Google

wo es sich um Stückgutsendungen handle, wie dieselben in den deutschen Tarifen definirt seien, nach welchen jede Sendung, die nicht eine Wagenladung ausmache, als Stückgut behandelt werde. Auch hänge der Vorschlag mit dem Tarifwesen eng zusammen und werde daher seine Lösung besser in den Tarifvorschriften der einzelnen Bahnen finden, als in einem internationalen Vertrage."

Mit einer die Festsetzung des Formulars für die besondere Anerkenntnißerklärung betreffenden Modifikation des Alinea 2 wurde sodann Art. 9 sowohl in der II. wie in der III. Konferenz nach Maßgabe des deutschen Entwurfs angenommen.

Wie die Fassung und Entstehungsgeschichte des Art. 9 des internationalen Uebereinkommens lehrt, ist derselbe seiner Tendenz nach aus dem §. 47 des deutschen, österreich-ungarischen und Vereins-Reglements hervorgegangen.[3]) Nur das letzte Alinea des §. 47 hat, trotzdem die Aufnahme des Schlußsatzes von der deutschen Delegation in der II. Konferenz besonders beantragt worden war, in den Art. 9 nicht Aufnahme gefunden. Dagegen ist Art. 9 im Vergleiche mit §. 47 cit. insofern vollständiger, als erstens die aus §. 47 Alinea 1 nur mittelbar zu entnehmende Verpflichtung des Absenders zur ordnungsmäßigen Verpackung des Gutes im Art. 9 Alinea 1 positiven Ausdruck erhalten hat, und ebenso die aus §. 47 gleichfalls nur zu folgernde Verbindlichkeit des Absenders, für in vorgeschriebener Weise anerkannte (bescheinigte) und solche Mängel der Verpackung, die äußerlich nicht erkennbar sind, zu haften, und jeden daraus entstehenden Schaden zu tragen bezw. der Bahnverwaltung zu ersetzen, im Alinea 3 Satz 1 des Art. 9 ausdrücklich festgesetzt ist. Hierzu tritt als weiterer Folgesatz die dieser Haftung des Absenders und dem sich daraus ergebenden Rechte der Eisenbahn, die Annahme mangelhaft oder unverpackter Güter zu verweigern, entsprechende Bestimmung des Alinea 3 Satz 2, wonach der Absender für äußerlich erkennbare,

[3]) Vgl. die dem deutschen Reichstage unterm 13. Februar 1891 vorgelegte Denkschrift (Druckf. Nr. 281). f. Annalen des Deutsch. Reichs, Jahrg. 1891 S. 577. — v. d. Leyen in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. H.-R. Bd. 39 S. 74. — Gerstner in der Ztg. des Ver. deutsch. Eisenb.-Verw. 1891 Nr. 100 S. 958. — Schwab, das internationale Uebereinkommen ꝛc. 1890 S. 120 f.

Digitized by Google

aber nicht bescheinigte Mängel der Verpackung nur dann haftet, wenn ihm ein arglistiges Verfahren zur Last fällt. Diese Bestimmung entsprang der Erwägung, daß in solchen Fällen anzunehmen ist, die Bahn wolle auf die Haftung des Absenders verzichten bezw. ihr Verschulden, bei der Annahme derartiger Güter von ihrem Rechte zur Prüfung der Verpackung, Forderung des Anerkenntnisses und Rückweisung nicht Gebrauch gemacht zu haben, sei größer als das des Absenders, welcher — ohne Arglist — der Bahn solche Güter zum Transport aufgiebt.

Wie §. 47 und §. 67 Nr. 3 (Art. 424 Ziff. 2 D. H.-G.-B.) des deutschen, österreich-ungarischen und Vereins-Betriebs-Reglements, so stehen auch Art. 9 und Art. 31 Ziff. 2 des internationalen Uebereinkommens im engen Zusammenhange.[4]) Die eine Bestimmung bildet das Korrelat der anderen. Während Art. 9 dem Absender die Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verpackung des Gutes auferlegt (Alinea 1), und der Eisenbahn das Recht einräumt, entweder die Annahme nicht ordnungsmäßig verpackten Gutes zu verweigern oder in vorgeschriebener Weise das Anerkenntniß der fehlenden oder mangelhaften Verpackung zu verlangen (Alinea 2), und bestimmt, daß für derartig bescheinigte sowie äußerlich nicht erkennbare Mängel der Absender zu haften und jeden daraus entstehenden Schaden zu tragen hat (Alinea 3), — wird durch Art. 31 Ziff. 2 vice versa bestimmt, daß die Eisenbahn nicht haftet, in Ansehung der Güter, welche, obgleich ihre Natur eine Verpackung zum Schutze gegen Verlust, Minderung oder Beschädigung auf dem Transporte erfordert, nach Erklärung des Absenders auf dem Frachtbriefe (Art. 9) unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung aufgegeben sind, für den Schaden, welcher aus der mit dem Mangel oder mit der mangelhaften Beschaffenheit der Verpackung verbundenen Gefahr entstanden ist. Beide Bestimmungen ergänzen einander. Die eine (Art. 9) spricht im Wesentlichen in Betreff der Haftung des Absenders dasjenige positiv aus, was die andere (Art. 31 Ziff. 2)

[4]) Art. 31 Ziff. 2 lautet: „Die Eisenbahn haftet nicht: in Ansehung der Güter, welche, obgleich ihre Natur eine Verpackung zum Schutze gegen Verlust, Minderung oder Beschädigung auf dem Transport erfordert, nach Erklärung des Absenders auf dem Frachtbriefe (Art. 9) unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung aufgegeben sind . . . .“

Digitized by Google

bezüglich der Haftung der Eisenbahn negativ zum Ausdruck bringt: Unter denjenigen Voraussetzungen, unter welchen der Absender für fehlende oder mangelhafte Verpackung nach Art. 9 haftet und den daraus entstehenden Schaden zu tragen hat, ist nach Art. 31 Ziff. 2 die Eisenbahn von der Haftung bezw. Schadensersatzpflicht frei.[5]) Auf diesen engen Zusammenhang beider Gesetzesstellen zu einander wird auch durch die spezielle Bezugnahme des Art. 31 Ziff. 2 auf Art. 9 hingewiesen. Ueber die anscheinende Differenz in den formalen Erfordernissen der Anerkenntnißerklärung zwischen Art. 9 und Art. 31 Ziff. 2, indem ersterer das Anerkenntniß auf dem Frachtbriefe und außerdem durch besondere formularmäßige Erklärung, letzterer dagegen nur das Anerkenntniß auf dem Frachtbriefe verlangt, ist unten S. 73 das Nähere erörtert.

Alinea 1

des Artikels 9 stellt den Grundsatz an die Spitze,

> daß, soweit die Natur des Frachtgutes zum Schutze gegen Verlust oder Beschädigung auf dem Transporte eine Verpackung nöthig macht,[6]) die gehörige Besorgung derselben dem Absender obliegt.[7])

Zur Transportpflicht der Eisenbahn gehört nur die Beförderung des Gutes von Ort zu Ort. Sie ist nicht verpflichtet, die Beförderung von Gütern zu übernehmen, wenn sich der Absender den Anordnungen des Uebereinkommens, also auch den Verpackungsvorschriften desselben (Art. 9 Alin. 1, Art. 31 Ziff. 2), nicht unterwirft (Art. 5 Alin. 1 Ziff. 1). Das Gut, welches ihr vom Absender übergeben wird, muß entweder an sich ohne jede Verpackung zum Transport geeignet sein oder es muß, soweit seine Natur zum

[5]) Vgl. Schwab S. 122, 123, 261, 262.

[6]) Fast übereinstimmend mit Art. 31 Ziff. 2: „in Ansehung derjenigen Güter, welche, obgleich ihre Natur eine Verpackung zum Schutze gegen Verlust, Minderung oder Beschädigung auf dem Transporte erfordert . . . . .“

[7]) Die Bemerkung Schwabs S. 121, daß im Alin. 1 Art. 9 auch das Recht der Bahnen zur Transportverweigerung bei nicht entsprechender Verpackung positiv zum Ausdruck gebracht sei, ist unrichtig. Diesem Rechte ist nur im Alin. 2 in dem Zwischensatze: „falls sie nicht die Annahme des Gutes verweigert“ Ausdruck gegeben.

Digitized by Google

Schutze gegen Verlust oder Beschädigung auf dem Transporte eine Verpackung erfordert, vom Absender durch die Verpackung zum Transport geeignet gemacht und in diesem Zustande der Eisenbahn übergeben werden.[8]) Auch Güter, deren Beschaffenheit oder sonstige Eigenschaft dem Bahntransport an sich nicht entgegenstehen würden, sind hierzu zumeist in Rücksicht auf die Natur des Bahnbetriebs nicht ohne Weiteres, sondern nur in ausreichender Verpackung geeignet. Voraussetzung der Transportpflicht der Eisenbahn ist daher, daß die Güter, falls sie nicht auch ohne Verpackung zum Transport sich eignen, vermöge ihrer Verpackung zum Transport geeignet gemacht seien.

Ueber die Nothwendigkeit und Art der Verpackung in concreto enthält das internationale Uebereinkommen — außer für die bedingungsweise zugelassenen Güter (Anlage 1 der Ausführungs-Bestimmungen) — spezielle Bestimmungen nicht. Daher entscheiden hierüber in erster Reihe die Gesetze, Reglements, Tarife ꝛc. der Aufgabestation und, insoweit es diesen an positiven Bestimmungen mangelt, die Organe der Bahnverwaltung auf Grund ihrer eigenen Erfahrungen[9]) und nach allgemeinen bewährten Handelsgebräuchen eventuell unter Zuziehung Sachverständiger nach Maßgabe der Einrichtungen und Benutzungsweise der Bahn, im Streitfalle aber richterliches Ermessen.[10])

Aus dem Grundsatze, daß die Eisenbahn nur den Transport solcher Güter nicht verweigern darf, welche, sei es an sich oder vermöge ihrer Verpackung, zum Transporte geeignet sind, folgt, daß die Eisenbahn nicht verpflichtet ist, ein Gut zum Transport zu übernehmen, welches nicht ordnungsmäßig oder gar nicht verpackt ist, ungeachtet seine Natur eine Verpackung zum Schutze gegen Verlust oder Beschädigung auf dem Transporte erfordert, und daraus ergiebt sich des Weiteren, daß, soweit die Natur des Frachtgutes zum Schutze gegen Verlust oder Beschädigung auf dem Transporte eine Verpackung nöthig macht, die Besorgung derselben dem Absender

[8]) Gerstner a. a. O. S. 958.

[9]) Gerstner a. a. O. S. 958.

[10]) Vgl. hierzu den oben S. 67 erwähnten bezüglichen Antrag der Schweizer Delegation in der I. Konferenz und Gerstner a. a. O. S. 959.

Digitized by Google

obliegt. Dieser Folgerung giebt Alin. 1 des Art. 9 positiven Ausdruck.

Alinea 2.

Nach Alin. 1 des Art. 9 hat der Absender die Verpflichtung, für die ordnungsmäßige Verpackung des Gutes Sorge zu tragen. Die Eisenbahn ist ihrerseits dagegen gehalten, eine Prüfung eintreten zu lassen, ob der Absender diese Verpflichtung erfüllt hat. Nach der Natur des Eisenbahnbetriebs vermag sie dies aber nur, insoweit die Mängel der Verpackung äußerlich erkennbar sind und dem Absender nicht ein arglistiges Verfahren zur Last fällt. Soweit die Mängel äußerlich nicht erkennbar sind, haftet der Absender unbedingt für alle daraus entstehenden Schäden (s. Alin. 3 des Art. 9). Soweit sie aber äußerlich erkennbar sind und der Absender nicht etwa arglistig gehandelt hat, verletzt die Eisenbahn ihre Prüfungspflicht und macht sich selbst einer Negligenz schuldig, wenn sie demungeachtet derartige Güter zum Transport annimmt.

Wenngleich der Absender hiernach seine Pflicht zur ordnungsmäßigen Verpackung der Güter nicht erfüllt hat und sich somit im Verschulden befindet, so konkurrirt doch mit diesem Verschulden das Verschulden der Eisenbahn, die ihr obliegende gehörige Prüfung der Verpackung trotz der äußeren Erkennbarkeit der Mängel derselben verabsäumt zu haben. Und dieses Verschulden der Eisenbahn betrachtet das Uebereinkommen als das größere. Sie kann sich daher, da sie bei gehöriger Prüfung und Entdeckung der Mängel die Uebernahme des Transports verweigern durfte, in diesem Falle auf das Verschulden des Absenders nicht berufen und ist für die aus der fehlenden oder mangelhaften Verpackung entstehenden Schäden verantwortlich.

Häufig liegt es aber im Interesse des Absenders, das Gut in der mangelhaften 2c. Verpackung auf eigenes Risiko (sei es zur Beschleunigung des Transports, sei es zur Kostenersparniß 2c.) befördern zu lassen und so die Bahn von der Haftung dafür zu befreien, bezw. auf den Ersatzanspruch für den in Folge dieses Mangels etwa entstehenden Schaden Verzicht zu leisten. Prinzipiell ist nun zwar den Bahnen durch Art. 4, 6 Alinea 3 des Uebereinkommens derartiges Paktiren über die Haftpflicht untersagt. Es ist aber durch Art. 31 Ziff. 2 bei — nach Erklärung des Ab-

Digitized by Google

senders auf dem Frachtbriefe — nicht ordnungsmäßig ꝛc. verpackten Gütern die Haftpflicht für den Schaden ausgeschlossen, welcher aus der mit dem Mangel der Verpackung ꝛc. verbundenen Gefahr entstanden ist, und es gilt sodann bis zum Nachweise des Gegentheils zu Gunsten der Eisenbahn die Vermuthung, daß ein eingetretener Schaden, wenn er aus dem Mangel oder der Mangelhaftigkeit der Verpackung entstehen konnte, aus derselben wirklich entstanden ist. In Rücksicht hierauf bestimmt Alinea 2 des Art. 9, daß, wenn der Absender der Verpflichtung für ordnungsmäßige Verpackung (Abs. 1 Art. 9) nicht nachgekommen ist, die Eisenbahn einen zweifachen Weg hat, um sich von der Haftpflicht für Schäden aus der mangelhaften Verpackung zu befreien. Sie kann entweder die Annahme des Gutes verweigern oder, wenn sie dies nicht thut, ist sie berechtigt, zu verlangen, daß der Absender auf dem Frachtbriefe das Fehlen oder die Mängel der Verpackung unter spezieller Bezeichnung anerkennt (vgl. auch Art. 31 Ziff. 2) und außerdem eine besondere Erklärung nach Maßgabe eines vorgeschriebenen Formulars ausstellt.

Die anerkennende Erklärung des Absenders ist also zwiefach abzugeben: Erstens in einem Anerkenntnisse auf dem Frachtbriefe und zweitens noch in einer besonderen Erklärung nach vorgeschriebenem Formular. Nur die Erklärung des Absenders auf dem Frachtbriefe ist im Art. 31 vorgeschrieben, damit der Mangel ausdrücklich und formell konstatirt werde und Empfänger und Empfangsbahn sofort Kenntniß darüber erhalten, in welcher Beschaffenheit die Waare zur Aufgabe gelangte, und unbegründete Reklamationen vermieden werden. Die besondere im Art. 9 Alinea 2 außerdem vorgesehene Erklärung dagegen hat den Zweck, der Eisenbahn nach Abgabe des Frachtbriefs an den Adressaten noch einen schriftlichen Beweis jenes Anerkenntnisses zu sichern[11]) und muß — was als selbstverständlich im Art. 9 besonderen Ausdruck nicht gefunden hat, — vom Absender unterzeichnet sein.[12])

Das Anerkenntniß braucht, wenn es in den Text des Frachtbriefes aufgenommen ist, einer besonderen Vollziehung nicht,[13])

[11]) Die Erklärung dient nach den oben S. 67 mitgetheilten Motiven des deutschen Entwurfs nur „zum Gebrauche der Eisenbahn".

[12]) Schwab S. 122.

[13]) s. auch Schwab S. 122.

Digitized by Google

anderenfalls muß es von derselben Person unterschrieben sein, welche den Frachtbrief als Absender vollzogen hat (bezw. von deren Bevollmächtigten). Derjenige, der den unterschriebenen Frachtbrief zur Bahn bringt, gilt nicht ohne Weiteres für ermächtigt, das Anerkenntniß und die Erklärung zu vollziehen. Ob die Ausstellung sogenannter Generalreverse bei häufigen Versendungen gleichartiger Güter durch denselben Absender zulässig ist, hängt von den für die Abgangsstation geltenden Bestimmungen ab.

Immerhin ist aber der Transport mangelhaft verpackten Gutes von dem freien Willen der Bahn abhängig, auch wenn der Absender sich zu einer bezüglichen Anerkennung und besonderen Erklärung erbietet. Das Gut „kann", aber es muß nicht befördert werden.[14]) Auch ist die Konnivenz überhaupt nicht gestattet, wenn die Verpackungsvorschriften polizeilicher Natur sind. Alsdann ist eine derartige Erklärung unzulässig. Ebenso bei Verpackungsvorschriften, welche die Ausführungsbestimmungen in Anlage 1 (Vorschriften über bedingungsweise zur Beförderung zugelassene Gegenstände) enthalten. Denn was die äußere Beschaffenheit der Verpackung der Güter anlangt, so sind in jenen Bestimmungen eine Reihe von Gütern aufgeführt, welche, wenn sie den dort angegebenen Bedingungen nicht entsprechen, überhaupt nicht zum Transporte angenommen werden, auch nicht gegen Abgabe der im Art. 9 Abs. 2 gedachten Erklärungen.

Die besondere Erklärung ist vom Absender „nach Maßgabe eines durch die Ausführungsbestimmungen festzusetzenden Formulars auszustellen."

Im §. 4 der Ausführungsbestimmungen[15]) ist demgemäß ein bezügliches Formular festgesetzt und denselben als Anlage 3 annektirt.[16]) Dieses Formular ist bis auf unwesentliche redaktionelle

[14]) s. Schwab S. 121.

[15]) §. 4 (zu Art. 9 des Uebereinkommens):

Für die im Art. 9 des Uebereinkommens vorgesehene Erklärung ist das Formular in Anlage 3 zu gebrauchen.

[16]) Anlage 3.

Erklärung.

Die Güter-Expedition der . . . . . Eisenbahn zu . . . . . hat auf mein (unser) Ersuchen folgende Güter, welche laut Frachtbrief vom heutigen

Digitized by Google

Modifikationen der Anlage A zum deutschen, österreich-ungarischen und Vereins-Reglement nachgebildet. Nicht mit Unrecht monirt aber Schwab (S. 122), daß in diesem Formulare das in der Anlage A cit. am Schlusse enthaltene Wort „Unterschrift" fehle und daß in Anlage 3 das Datum unten, in Anlage 4 oben gesetzt sei.

Alinea 3.

Nach Satz 1 des Alinea 3 hat der Absender für Mängel der Verpackung in zwei Fällen unbedingt zu haften, nämlich

1. wenn er äußerlich erkennbare Mängel in der im Alinea 2 bezeichneten Art bescheinigt hat,
2. wenn die Mängel äußerlich nicht erkennbar waren.

1. Was den ersten Fall anlangt, so steht dem Wortlaut nach diese Bestimmung nicht ganz im Einklange mit dem korrespondirenden Art. 31 Ziff. 2 des Uebereinkommens. Denn nach Art. 31 Ziff. 2 haftet die Eisenbahn schon dann nicht (sondern der Absender), wenn nach Erklärung des Absenders auf dem Frachtbriefe (Art. 9) die Güter unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung aufgegeben sind, während nach Art. 9 Alin. 3 der Absender (also nicht die Eisenbahn) haftet, wenn die Mängel „derartig", d. h. nach Alin. 2 des Art. 9 nicht nur auf dem Frachtbriefe, sondern noch außerdem durch besondere formularmäßige Erklärung bescheinigt sind. Es ist also nach Art. 9 ein zweifaches Anerkenntniß, nach Art. 31 nur ein einfaches Anerkenntniß des Absenders vorgeschrieben.

Indeß dieser Widerspruch zwischen beiden Gesetzesstellen ist deshalb ein nur scheinbarer, weil für die Haftung des Absenders bezw. vice versa für die Nichthaftung (Haftbefreiung) der Eisenbahn allein

---

Tage in nachstehender Weise bezeichnet sind, zur Eisenbahn-Beförderung nach . . . . . von mir (uns) angenommen, nämlich . . . . . .

Ich (Wir) erkenne(n) hierbei ausdrücklich an, daß diese Güter

unverpackt
in nachbeschriebener mangelhafter Verpackung

. . . . . .

aufgegeben sind, und daß dieses auf dem Frachtbriefe von mir (uns) anerkannt ist.

. . . . . den . . ten . . . . 18 . .

das Anerkenntniß der Verpackungsmängel auf dem Frachtbriefe wesentlich ist. Die besondere Erklärung nach Formular, welche Art. 9 Alin. 2 noch „außerdem" vorschreibt, hat — wie oben Seite 73 bereits erörtert — diese Rechtswirkung nicht, sie dient der Eisenbahn nur als separates Beweismittel über das auf dem Frachtbriefe ausgestellte Anerkenntniß, nachdem sie den Frachtbrief einer folgenden Eisenbahn oder dem Adressaten behändigt hat.[17]) Der Absender haftet also (arg. Art. 31 Ziff. 2), wenn er das Anerkenntniß auf dem Frachtbriefe abgegeben hat — sollte auch die besondere Erklärung nach Formular versehentlich oder durch Zufall unterblieben oder nicht vorschriftsmäßig, z. B. nach einem unrichtigen Formular oder ohne Formular erfolgt sein.[18])

Sowohl für die Nichthaftung der Eisenbahn (Art. 31 Ziff. 2) wie für die Haftung des Absenders (Art. 9 Alin. 3) ist hiernach nur das Anerkenntniß des Absenders auf dem Frachtbriefe, nicht aber die im Art. 9 Alin. 2 noch außerdem bezeichnete besondere formularmäßige Erklärung unerläßliche Voraussetzung.[19]) Dafür spricht zunächst Art. 31 Ziff. 2, welcher lediglich von dem Anerkenntnisse des Absenders auf dem Frachtbriefe die Nichthaftung der Eisenbahn abhängig macht. Denn anderenfalls würde wider die unverkennbare Absicht des Gesetzes die Haftung des Absenders an mehr und strengere formale Erfordernisse geknüpft sein, als die ihr entsprechende Nichthaftung der Eisenbahn. Sodann aber auch die Entstehungsgeschichte des Art. 9, insbesondere die Begründung des deutschen Entwurfs, welche die besondere formularmäßige Erklärung lediglich „zum Gebrauche der Eisenbahnen" bestimmt.

Die Annahme, daß für die Haftung des Absenders es genüge, wenn die schriftliche Anerkennung der Mängel der Verpackung seitens des Absenders überhaupt nur in einer unzweifelhaften Weise, sei es auf dem Frachtbriefe, sei es mittelst einer separaten Erklärung,

---

[17]) s. die oben S. 67 mitgetheilten Motive des deutschen Entwurfs.

[18]) s. auch Schwab S. 124.

[19]) Schwab S. 123, 124, 262 will dies nur für die Nichthaftung der Eisenbahn (Art. 31 Ziff. 2), nicht aber für die Haftung des Absenders gelten lassen.

Digitized by Google

stattgefunden habe,[20]) erscheint hiernach nicht zutreffend. Die besondere Erklärung ist wie für die Nichthaftung der Eisenbahn, so auch für die Haftung des Absenders unzureichend und unwesentlich. Noch weniger würde es begründet sein, der besonderen Erklärung die alleinige Bedeutung beizumessen bezw. etwa aus den Worten des Art. 9 Alin. 3 „Ist die Ausstellung der gedachten Erklärung nicht erfolgt 2c." zu folgern, daß nur die Ausstellung der besonderen Erklärung die Haftung des Absenders bedinge. Denn — abgesehen davon, daß das Wort „gedachte" Erklärung nur im deutschen, nicht im französischen Texte enthalten ist, — ist nach den vorstehenden Ausführungen unter „Erklärung" wie unter „derartig bescheinigte" 2c. im Alin. 3 nur das Anerkenntniß der mangelhaften Verpackung überhaupt, nicht aber die besondere Erklärung nach Formular zu verstehen.[21])

2. In Betreff des zweiten Falles ist darauf zu verweisen, daß derselbe die nothwendige Konsequenz des Grundsatzes ist, daß die Eisenbahn für äußerlich nicht erkennbare Mängel nicht haftet, weil sich nach der Natur des Transportbetriebs ihre Prüfungspflicht nur auf die äußerlich wahrnehmbaren Mängel der Verpackung erstrecken kann und es zu weit gehen bezw. dem Verkehrswesen und Zwecke widersprechen würde, wenn der Eisenbahn die Pflicht auferlegt sein sollte, ihre Kontrole auch auf äußerlich nicht erkennbare — innere — Mängel der Verpackung zu erstrecken.

Begrifflich ist jede Verpackung mangelhaft, welche das darin enthaltene Gut gegen diejenigen Gefahren nicht schützt, welche demselben seiner Natur nach beim Transport erfahrungsmäßig gewöhnlich und daher in voraussehbarer Weise durch die Art der Aufbewahrung, durch die Transportbewegung, durch Witterungseinflüsse, durch Auf-, Um- und Abladen und dergleichen entstehen. Die Mängel der Verpackung sind „äußerlich nicht erkennbar", wenn sie nach der Beschaffenheit der Außenseite der Emballage nicht wahrgenommen werden können. Die Organe der Eisenbahn dürfen sich also nicht damit begnügen, zu untersuchen, ob das Gut z. B.

[20]) Schwab S. 123, 124.
[21]) s. auch Schwab S. 124.

Digitized by Google

in einer Kiste, in einem Fasse und dergleichen verpackt ist, sondern müssen auch prüfen, ob die Kiste, das Faß ꝛc. stark genug zum Eisenbahntransport ist, ob der Verschluß gut, die Emballage trocken, undurchlässig ist und dergleichen mehr.

In den beiden, Eingangs dieses Absatzes bezeichneten Fällen, — Bescheinigung (Anerkenntniß) der mangelhaften Verpackung oder im Falle äußerlich nicht erkennbarer Mängel der Verpackung — hat der Absender zu haften, d. h. die sonst grundsätzlich bei Beschädigungen von der Annahme des Gutes zur Beförderung bis zur Ablieferung der Eisenbahn obliegende Haftpflicht gegenüber dem Absender (Art. 30 ff. des Uebereinkommens) tritt nicht ein, sondern es haftet der Absender, und zwar erläutern dies die folgenden Worte noch dahin: „und er hat jeden daraus entstehenden Schaden zu tragen beziehungsweise der Bahnverwaltung zu ersetzen.“ Es ist hiernach bestimmt, daß der Absender in den bezeichneten Fällen bei Beschädigungen nicht nur Schadenersatz von der Bahnverwaltung nicht verlangen darf, den ihm daraus entstehenden Schaden vielmehr selbst zu tragen, sondern auch der Bahnverwaltung den ihr daraus entstehenden Schaden zu ersetzen hat.

Ein solcher Schaden kann eintreten einerseits dadurch, daß in Folge der mangelhaften Verpackung die Betriebs-, Transportmittel, Magazine ꝛc. der Eisenbahn beschädigt, verletzt, zerstört (z. B. verbrannt) oder ihr Betrieb beeinträchtigt und verhindert wird, andererseits dadurch, daß sie nach der ihr gemäß Art. 30 ff. obliegenden Haftpflicht genöthigt ist, dritten Personen — Bediensteten, Passagieren oder Versendern von Gütern — Schadensersatz zu leisten, welche, sei es an ihrem Körper, sei es an ihren Gütern, durch jenes mangelhaft verpackte Gut beschädigt worden sind (durch Selbstentzündung, Explosion, Brand, Auslaufen, Nässen, üblen Geruch ꝛc.). Alsdann hat die Bahnverwaltung für den Schadensersatz, den sie Dritten leisten muß, Regreßansprüche an den Absender des mangelhaft verpackten Gutes. Ueberdies aber kann auch der Absender derartig mangelhaft verpackten Gutes von den dadurch beschädigten dritten Personen direkt in Anspruch genommen werden, insoweit nach allgemeinem Landesrecht ꝛc. die Voraussetzungen dafür vorliegen.

Festzuhalten ist aber hierbei, daß dem Absender diese Haft- bezw. Schadensersatzpflicht nur obliegt für den „daraus“ ent-

Digitized by Google

stehenden Schaden, d. h. aus äußerlich erkennbaren Mängeln, welche auf dem Frachtbriefe anerkannt sind und aus äußerlich nicht erkennbaren Mängeln der Verpackung. Die Haftpflicht der Eisenbahn hört also nicht etwa gänzlich auf, sondern bleibt für alle anderen Fälle gemäß Art. 30 ff. fortbestehen. Nur insoweit die Ursache des Schadens auf jene beiden Fälle zurückzuführen und daraus entstanden ist, tritt die Haftpflicht des Absenders ein.

Die äußerlich nicht erkennbare Mangelhaftigkeit der Verpackung eines Frachtgutes ebenso wie das Anerkenntniß äußerlich wahrnehmbarer Verpackungsmängel schließt die Haftpflicht der Eisenbahn auch dann aus, wenn der entstandene Schaden nicht unmittelbar durch die mangelhafte Verpackung, sondern durch einen hinzugetretenen Zufall entstanden ist, der bei gehöriger Verpackung keinen oder doch nur geringeren Schaden verursacht haben würde. Denn, wenn dem Absender hinsichtlich der Mangelhaftigkeit der Verpackung ein Verschulden zur Last fällt, so zessirt sein Schadensersatzanspruch, weil der mit Verschulden verbundene Zufall nicht als reiner Zufall zu behandeln, sondern von demjenigen Theil zu vertreten ist, durch dessen Verschulden der Zufall schädlich wurde.

Aber auch dann, wie die Verpackung ohne Verschulden des Absenders mangelhaft ist, erscheint derselbe nicht berechtigt, Ersatz für den Schaden zu verlangen, welcher durch die äußerlich nicht erkennbare Mangelhaftigkeit der Verpackung oder anerkannte äußerlich wahrnehmbare Mängel entsteht, weil es nicht Sache der Eisenbahn, sondern des Absenders ist, für gehörige Verpackung zu sorgen, mithin für die verschuldeten oder unverschuldeten Folgen des bei der Verpackung eingeschlagenen Verfahrens einzustehen. Dieser Grund trifft nicht allein bei denjenigen Folgen zu, welche durch die Verpackung an sich entstehen, sondern auch bei denjenigen, welche durch zufällige Umstände herbeigeführt werden, die bei gehöriger Verpackung keinen oder doch nur geringeren Schaden verursacht haben würden.

Anders stellt sich die Frage, wenn nicht Zufall, sondern die Schuld oder doch die Mitschuld der Eisenbahn den Schaden herbeigeführt, bezw. die Mängel der Verpackung schädlich gemacht hat. Die Einrede, daß der Schaden durch nicht erkennbare oder durch anerkannte, äußerlich wahrnehmbare Mängel der Verpackung ent-

Digitized by Google

ſtanden ſei, greift nicht Platz, wenn der Erſatzfordernde nachweiſt, daß der Schaden lediglich durch Verſchulden der Eiſenbahn oder ihrer Leute entſtanden iſt. Insbeſondere haftet der Abſender bei mangelhafter Verpackung dann nicht, wenn der Schaden erweislich durch die Leute oder Transportmittel der Eiſenbahn entſtanden iſt, ſollte derſelbe auch bei einer beſſeren Verpackung des Gutes nicht möglich geweſen ſein.

Es iſt oben S. 72 der Grundſatz erörtert worden, daß die Bahnverwaltung für äußerlich erkennbare Mängel der Verpackung, welche ſie ſich nicht durch Anerkenntniß des Abſenders hat beſcheinigen laſſen, haftet, weil ſie entweder die Annahme zu verweigern oder ſich durch das Verlangen eines derartigen Anerkenntniſſes von der Haftpflicht zu befreien berechtigt iſt, und daß ſie, indem ſie von beiden Befugniſſen keinen Gebrauch macht, der Vermuthung Raum giebt, daß ſie auf die Haftung des Abſenders verzichte, und ſich gewiſſermaßen in Verſchulden ſetzt. Hiervon ſchafft Satz 2 eine Ausnahme, in dem beſtimmt iſt, daß, obwohl die Ausſtellung eines Anerkenntniſſes nicht erfolgt iſt, der Abſender doch haftet, *wenn ihm ein argliſtiges Verfahren zur Laſt fällt*. Dieſe Beſtimmung entſpricht der allgemeinen Rechtsregel, wonach Niemand aus ſeinem argliſtigen Verfahren einen Vortheil ziehen darf. Unter „*argliſtigem Verfahren*“ iſt nur der dolus, die böſe Abſicht, zu verſtehen, dagegen nicht bloße culpa, auch nicht culpa lata. Die Haftung des Abſenders, bezw. die Liberirung der Bahn von der Haftpflicht im Falle der nicht erfolgten Beſcheinigung äußerlich erkennbarer Mängel (Abſ. 2) tritt aber *nur* in dieſem einen Falle (des argliſtigen Verfahrens) ein, wie die Worte: „ſo haftet der Abſender . . . *nur*,“ ausſprechen, in allen anderen Fällen hat bei nicht erfolgter Beſcheinigung die Bahn die Haftpflicht zu tragen. Die Haftung des Abſenders bei argliſtigem Verfahren beſteht auch hier darin, daß er nicht nur jeden daraus entſtehenden Schaden tragen, ſondern auch der Bahnverwaltung erſetzen muß (ſ. arg. Satz 1).

Digitized by Google

3.

Das Pfandrecht an Rechten

nach dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Von Dr. jur. **Max Mittelstein**, Amtsrichter in Hamburg.

---

1. Der vierte Titel des neunten Abschnitts des Buches III des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich behandelt in den §§. 1206—1226 das Pfandrecht an Rechten. Diese Bestimmungen schließen sich mehr oder weniger an die geltenden Rechte an, und da letztere keine prinzipiellen Angriffe auf diesem Gebiete erlitten haben, so wird man dem Entwurfe im Allgemeinen sich zustimmig erklären können.[1]) Im Einzelnen aber bietet dieser Titel viel Anlaß zur Kritik, hauptsächlich wegen seiner Fassung, denn die Paragraphen sind von unverhältnißmäßigem Umfange und solchem Inhalte, daß man sie ohne Hülfe der Motive oft kaum richtig verstehen kann.[2]) Ist dieser Vorwurf aber begründet, so bedürfen sie einer Umgestaltung.

Der vorhergehende Titel (§§. 1145 ff.) trägt die Ueberschrift: „Pfandrecht an beweglichen Sachen (Faustpfandrecht)", handelt aber nur von der Verpfändung derselben (vgl. Motive III S. 796 unten). Unser Titel handelt anscheinend auch nur von Verpfändung; mit Hülfe der Motive (Bd. III S. 851, S. 852 zu §. 1207 Satz 2, S. 853 zu §. 1208 Nr. 2) entdeckt man aber, daß prinzipiell auch

[1]) Ebenso Wernick, Gutachten aus dem Anwaltsstande Heft 5, S. 376.

[2]) Wernick S. 402 tadelt noch besonders die auch sonst so oft im Entwurfe beliebten zahlreichen Verweisungen.

Digitized by Google

das gesetzliche und das Pfändungs-Pfandrecht hineinfallen. Da nun gesetzliche Pfandrechte an Forderungen nur im Handelsgesetzbuch vorkommen, die Pfändung aber der Reichscivilprozeßordnung angehört, so dürfte es angemessen sein, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die Verpfändung von Rechten zu beschränken und erforderlichen Falls Handelsgesetzbuch sowie Civilprozeßordnung durch Hinweis auf das Bürgerliche Gesetzbuch zu ergänzen.[3]) Es würde sich immer nur um ganz wenige Paragraphen handeln, auch würde alsdann eine bessere Harmonie mit dem vorhergehenden Titel erzielt werden.

2. Daß der Entwurf eine wirkliche Verpfändung von Rechten zuläßt und nicht nur ihre Uebertragung Sicherungshalber,[4]) ist unter Berücksichtigung des geltenden Rechtes zu billigen.[4a]) Ebenso kann nur anerkannt werden, daß die Verpfändung äußerlich erkennbar sein soll. Damit wird das Faustpfandprinzip festgehalten und ermöglicht, daß alle Pfandrechte im Konkurse wie außerhalb desselben gleiche Wirksamkeit haben.[5]) Dem entsprechend beseitigt auch der Entwurf eines Einführungsgesetzes zum B. G. B. Artikel 14 die §§. 15, 16 des Einführungsgesetzes zur Reichskonkursordnung.

Wenn nun aber die Motive (S. 853) behaupten, der Entwurf habe die Frage der Erfordernisse für die Pfandrechtsbegründung in einfacher und prinzipieller Weise gelöst, so kann mindestens nicht zugegeben werden, daß dies „einfach" geschehen ist. Will man auch nicht soweit gehen, wie Cosack, welcher es geradezu für eine merkwürdige Begriffsverwirrung erklärt, den Entwurf als einfach zu loben,[6]) so ist derselbe jedenfalls in der Anordnung dieser Materie höchst unübersichtlich, im Ausdruck oft schlecht und theilweise auch schwer verständlich. Folgender motivirter Gegenentwurf, neben welchem die entsprechenden Paragraphen des Entwurfes genannt sind, dürfte dieses Urtheil begründet erscheinen lassen:

[3]) Von der Pfändung von Forderungen wird auch im B. G.-B. §§. 296, 312 gehandelt. Vgl. Mittelstein in diesem Archiv Bd. V S. 290, 288.

[4]) Vgl. Motive Bd. III S. 860 ob.

[4a]) A. M. ist Bähr, Gegenentwurf, S. 234—235, §. 1096, dessen Arbeit erst bei der Korrektur und deshalb nicht ihrer Bedeutung entsprechend hier benutzt werden konnte.

[5]) Vgl. Motive zum Einführungsgesetz des B. G.-B. S. 121.

[6]) Sachenrecht des Entwurfes, 1889 S. 81. Noch viel schärfer ist Bähr!

Digitized by Google

§. a.

Rechte, welche übertragen werden können, können auch verpfändet werden (statt §. 1206 Abs. 1, §. 1207 B. G.-B.).

§. b.

Es erfordert die Verpfändung:

1. eines Inhaberpapiers dessen Uebergabe (s. §. 1206 Abs. 1 B. G.-B.);
2. eines indossablen Papiers die Uebergabe des indossirten Papiers (statt §. 1225 B. G.-B.);
3. eines im Grundbuch eingetragenen Rechts deren Eintragung, falls eine solche zu dessen Uebertragung erforderlich ist (s. §. 1208 B. G.-B.);
4. eines Rechts, dessen Gegenstand eine körperliche Sache ist, deren Uebergabe (statt §. 1210 B. G.-B.);
5. einer Forderung, welche durch Abtretungsvertrag veräußert werden kann, Kundgebung der Verpfändung an den Schuldner gemäß §. 306 Absatz 2 (statt §. 1211 B. G.-B.);
6. eines Rechts, welches nach §. 312 durch Abtretungsvertrag veräußert werden kann, Abschließung des Pfandvertrages in gerichtlicher oder notarieller Form (statt §. 1212 B. G.-B.).

In formeller Hinsicht wird hierdurch der Vortheil erzielt, daß alle Fälle, im Gegensatz zum Entwurfe, übersichtlich neben einander stehen, und daß sich nicht Bestimmungen, wie die §§. 1208, 1209 des Entwurfes, die eine schon erfolgte Verpfändung voraussetzen, störend dazwischen schieben. Weiter aber sind auch die §§. a und b viel einfacher gefaßt. Sie sind deshalb nicht nur weit leichter verständlich, sondern haben auch noch den Vorzug, daß sie nur etwa den dritten Theil des Raumes der entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches einnehmen, was bei dessen erheblichem Umfange stark ins Gewicht fällt.

3. In materieller Beziehung ist zunächst zu §. b Nr. 3 zu bemerken, daß §. 1208 B. G.-B. und seine Motive nicht klar erkennen lassen, ob sie mit diesem Vorschlage sachlich übereinstimmen

Digitized by Google

jedenfalls dürfte die Sicherheit des Grundkredits ihn angemessen erscheinen lassen.

Anscheinend stimmt der §. 1210 B. G.-B., falls man dessen Motive S. 855 vergleicht, mit §. b Nr. 4 inhaltlich überein. Anderer Ansicht scheint Cosack zu sein, denn er bemerkt:[6]) er verlange bei der Afterverpfändung[6a]) Uebergabe des Pfandes an den Afterpfandgläubiger und lasse das Konstitut nicht genügen. Darnach theilt Cosack sachlich jedenfalls den Standpunkt des hier gemachten Vorschlags.

Der §. b Nr. 5 entsprach inhaltlich dem § 1211 B. G.-B., nur ist durch den Hinweis auf §. 306 Absatz 2 hinzugefügt, daß die Vorlegung der dort bezeichneten Urkunde einer Denunziation der Verpfändung gleichsteht.[7]) Von anderer Seite ist aber der §. 1211 B. G.-B. angegriffen worden. So sagt Klausen,[8]) es sei ihm unverständlich, warum die Bestellung eines Faustpfandes an Forderungen an strengere Voraussetzungen geknüpft sei, als die in ihren Wirkungen weiter reichende Abtretung. Dieselbe Frage hat auch Martinius[7]) aufgeworfen, doch findet dieser unschwer die zutreffende Antwort, daß nur die erschwerte Form beibehalten ist für die Verpfändung, und daß das Publikum an der Kundbarmachung des Pfandrechts an Forderungen ein Interesse hat. Dem ist noch mit den Motiven S. 856 hinzuzufügen, daß das Faustpfandprinzip solche Kundbarmachung geradezu verlangt.[9]) Hiergegen polemisirt Wernick sehr ausführlich.[10]) Wenn er behauptet, der Pfandgläubiger sei nicht gesichert, weil der Verpfänder es in der Hand habe, die Anzeige von der Verpfändung zu verzögern, so ist diesem Vorwurf durch den Verweis auf §. 306 Absatz 2 die Spitze abgebrochen. Die Aufstellung Wernicks, es müsse, wenn für die Abtretung die einfache Form genüge, dieses auch für die Verpfändung einer For-

---

[6a]) Der Entwurf begreift die Afterverpfändung ein, was Bähr, S. 236 zu § 1107, für zweifelhaft hält.

[7]) Diese Verbesserung hat schon Martinius, Gutachten aus dem Anwaltsstande, Heft 1 S. 55 vorgeschlagen; ebenso Wernick, daselbst Heft 5 S. 406.

[8]) Gutachten aus dem Anwaltsstande, Heft 10 S. 857.

[9]) Cosack S. 81 erklärt den §. 1211 B. G.-B. einfach für sachgemäß.

[10]) a. a. O. S. 404—406. Wernick übt überhaupt nur an den §§. 1208 und 1211 eine Spezialkritik. (Vgl. übrigens noch Bährs § 1097!

Digitized by Google

derung genügen, weil letzteres Rechtsgeschäft das Weniger enthalte, ist nicht schlüssig. Abtretung und Verpfändung stehen nicht nur in dem Verhältniß des Plus und Minus, sondern sind auch qualitativ verschieden. Wäre dies aber auch nicht der Fall, so würden doch de lege ferenda praktische Gründe und nicht ein so theoretischer entscheiden müssen. Es ist aber allgemein anerkannt, daß ein Pfandrecht Dritten erkennbar sein soll. Wollte man hier davon abweichen, so würde die allseitig angestrebte Uebereinstimmung des bürgerlichen Rechts mit der Reichscivilprozeßordnung und der Reichskonkursordnung nicht erzielt werden. Allerdings meint Wernick umgekehrt, daß man jenen Gesetzen zu liebe nicht einen wohlbegründeten Rechtssatz des Bürgerlichen Gesetzbuches durchlöchern sollte. Ist aber nicht das Prinzip jener Gesetze mindestens ebenso wohlbegründet?

Zu §. 1212 B. G.-B. (gleich §. b Nr. 5) bemerkt Cosack S. 81, daß er sich keinen Gewinn von dieser Form — gegen welche auch Bähr ist — verspreche, denn sie lasse heimliche und fiktive Verpfändungen ebenso gut wie jede andere zu. Sie hat aber doch den Vorzug, daß sie wenigstens unter den Parteien selbst eine klare Rechtslage schafft, was bei einfacherer Form oft nicht der Fall wäre. Hier empfiehlt sich aber auch die strengere Form einer öffentlichen Beurkundung schon deshalb, weil die Oeffentlichkeit der Verpfändung sonst geradezu fehlen würde, so daß man folglich die Verpfändbarkeit solcher Rechte für ausgeschlossen erklären müßte.

4. Da auch die weiteren Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches ähnliche Mängel wie die schon behandelten zeigen, so darf die Kritik an der Hand folgender Gegenvorschläge fortgesetzt werden:

§. c.

Soweit nicht die folgenden Paragraphen Abweichendes bestimmen, finden auf die Verpfändung von Rechten und das dadurch erworbene Pfandrecht, falls nach §. b die Uebergabe der Sache erforderlich ist, die Vorschriften des vorhergehenden Titels, und falls solche Uebergabe nicht erforderlich ist, zunächst die Vorschriften, welche im Falle der Uebertragung eines solchen Rechtes gelten,

Digitized by Google

jedoch mit Ausnahme des §. 1087 Absatz 2, und dann erst die des vorhergehenden Titels entsprechende Anwendung.

Diesem §. c entsprechen die §§. 1206 Absatz 2, 1208, 1209 und 1216 B. G.-B. Dieselben sind nicht nur auf einen ganz erheblich geringeren Wortumfang zurückgeführt, sondern auch namentlich mit Rücksicht auf §. b materiell geändert. In §. c werden prinzipiell die beiden Fälle geschieden, in denen die Verpfändung des Rechtes die Uebergabe einer Sache erfordert oder nicht. Auch das B. G.-B. scheint in den §§. 1206 Abs. 2 resp. 1208 solchen Gegensatz andeuten zu wollen, doch tritt er nicht klar hervor. Bei einer Fassung, wie §. c sie zeigt, ist die Vorschrift des §. 1216 überflüssig, weil sie schon in dem generellen Verweis auf den vorhergehenden Titel enthalten ist. Weiter ist nach §. c auch für die Ausnahmebestimmung des §. 1209 kein Raum, welche überhaupt nur in Betracht käme für einen Fall, wo Uebergabe der Sache zur Entstehung des Pfandrechts am Rechte erfordert ist, während nach den sonst anzuwendenden Grundsätzen der Uebertragung der zweite Pfandgläubiger nachsteht.[11]) Weshalb aber anderenfalls nicht dasselbe gelten soll, wie bei der Verpfändung der Sache selbst, ist nicht erfindlich; die Motive zu dem §. 1209 sprechen eher gegen als für denselben. Gegen diesen Paragraphen bemerkt auch Kindel[12]), daß er verkennen dürfte, daß Uebertragung zu Eigenthum und zu Pfandrecht nach moderner Auffassung gleich zu behandeln seien, und daß ja auch die Traditionen eines Nichteigenthümers zu Eigenthum und zu Pfandrecht gleichgestellt würden.

5. Der §. 1213 B. G.-B. ist zu billigen, doch läßt er sich ohne Zwang kürzer geben, wie folgender Paragraph zeigt:

§. d.

Der Inhaber eines verpfändeten Rechts kann über das Recht selbst eine Verfügung, durch welche das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt wird, wirksam nur dann treffen, wenn dieser ihm

[11]) Vgl. arg. §. 1218 Abs. 3 B. G.-B.

[12]) Recht an der Sache, 1889 S. 249 Note 1.

Digitized by Google

gegenüber seine Einwilligung erklärt hat; dieselbe ist unwiderruflich.

Auch der §. 1214 B. G.-B. bedarf der knapperen Fassung sowie einer inhaltlichen Abänderung:

§. e.

Das Pfandrecht an einem Rechte erstreckt sich auf dessen Nutzungen nur dann, wenn dies vereinbart ist. Solche Vereinbarung wird vermuthet, wenn der Nießbrauch an einer Sache verpfändet ist.

Hat der Pfandgläubiger ein Recht auf die Nutzungen, so finden die §§. 1026, 1027 entsprechende Anwendung.

Der Absatz 1 des §. 1214 ist als Satz 1 des §. e geblieben, der Absatz 3 als Satz 2 daneben gestellt. Gemäß §. b Nr. 4 war die Hervorhebung in §. 1214, daß dem Pfandgläubiger die Inhabung der Sache überlassen war, überflüssig. Aus demselben Grunde und wegen des §. d bedurfte es nicht der in §. 1214 enthaltenen Anführung des §. 1154 B. G.-B., da, soweit es sich andererseits um verpfändete Forderungen handelt, der §. 1222 das Entsprechende ausdrücklich vorschreibt.

6. Gegen die Fassung des §. 1215 B. G.-B. läßt sich nichts einwenden, nur dürfte die in §. 1226 Absatz 2 für Inhaberpapiere gegebene Vorschrift hierher zu stellen sein, wie ja auch schon der Absatz 1 des §. 1226 an anderer Stelle (als §. b Nr. 1) wiedergegeben ist. Der Vorschlag des §. 1215 selbst ist von Cosack S. 82 angegriffen worden, welcher eine gerichtliche Ermächtigung ohne vorgängigen ordentlichen Prozeß für ausreichend erachtet. Die Motive erwägen nicht einmal diese Möglichkeit, sondern weisen nur den Privatverkauf, wie er bei Faustpfändern angeordnet ist, als wegen der schweren Werthschätzung verpfändeter Rechte ungeeignet mit Grund zurück. Die wichtigsten Fälle scheiden übrigens hier überhaupt aus, denn soweit es sich um Forderungen handelt, bringen die §§. 1217 ff. Sondervorschriften. Wollte man für die übrigen Fälle eine gerichtliche Ermächtigung als genügend gelten lassen, so dürfte dem entgegenstehen, daß es sich oft um eigenartige Werthe

Digitized by Google

handeln wird, deren Behandlung eine besondere Berücksichtigung der Interessen des Verpfänders erfordert. Das Gehör desselben wird dann meistens nicht zu umgehen sein, so daß sich in summarischer Form doch ein Rechtsstreit vor dem Richter abspielen wird. Es dürfte daher dem Entwurf der Vorzug gegeben werden; haben doch auch nach ihm die Parteien das Recht, abweichende Vereinbarungen zu treffen. Daß hierbei wieder die Schranken der §§. 1167, 1177 gelten sollen, ist angemessen.

Ebenso zu billigen ist, daß Inhaberpapiere wie Faustpfänder verkauft werden sollen. Mit Recht tadelt aber Cosack als zu weitgehend, daß Inhaberpapiere, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, aus freier Hand zum Tageskurse verkauft werden dürfen. Es ist eine genügende Erleichterung, wenn an die Stelle der Versteigerung, welche somit erforderlich wäre (§. 1171), der freihändige Verkauf zum Tageskurse durch den betreffenden Beamten tritt. Wenn die Motive dagegen bemerken, daß durch die Hinzuziehung solcher Mittelspersonen Kosten entständen, so ist das zwar richtig. Solche erwachsen aber bei jedem Pfandverkauf und werden hier regelmäßig nur viel geringer sein als bei anderen Verkaufsobjekten. Oft wird übrigens auch der Pfandgläubiger gar nicht in der Lage sein, selbst freihändig zu verkaufen, und sich schon deshalb einer Mittelsperson bedienen müssen. Die dadurch erwachsenden Kosten werden dann nur Anlaß zum Streit bieten, weshalb besser bei der Regel zu bleiben ist. Hiernach dürfte der §. 1215 B. G.-B. so zu fassen sein:

§. f.

Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem ihm verpfändeten Recht nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels gemäß den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften erwirken, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist. Ist dies der Fall, so finden die §§. 1167, 1177 entsprechende Anwendung.

Inhaberpapiere werden wie Faustpfänder verkauft. Haben sie einen Markt- oder Börsenpreis, so können sie ohne Versteigerung zum Tageskurse verkauft werden.

Digitized by Google

7. In den §§. 1217—1222 B. G.-B. werden mit größter Ausführlichkeit Sondervorschriften für Forderungen aufgestellt.[13]) Im Einzelnen hat daran Cosack S. 82—84 Kritik geübt und mancherlei Ausstellungen gemacht, welche jedoch den Entwurf in seinen Grundzügen unberührt lassen. Will man diese nicht angreifen, so ist für weitere Kritik kein Raum und kann nur noch bemerkt werden, daß bei der hier vorgeschlagenen Zerlegung des §. 1226 B.G.-B. dessen Absatz 3 dem §. 1219 angehängt werden müßte. Allein man wird sich dem Eindruck nicht verschließen können, daß die Regelung der hier fraglichen Bestimmungen in zwei und einer halben Druckseite doch nicht mehr im Verhältniß zu anderen Materien und zur Wichtigkeit des Gegenstandes steht. Und dabei kann man hier dem Entwurfe nicht, wie sonst, vorwerfen, daß er zu umständlich im Ausdruck sei. Es ist vielmehr allein die große Anzahl der erforderlichen Einzelvorschriften, welche die Regelung so weitläufig machen. Will man dem abhelfen, so muß man schon prinzipielle Aenderungen vornehmen. Der Entwurf lehnt die Auffassung des Forderungspfandrechtes, als auf einer bedingten oder beschränkten Cession beruhend, ab (Motive S. 860) und betont, daß das Recht des Pfandgläubigers, soweit er ein Recht der Verfügung habe, ein Recht über einen fremden Vermögenszustand bleibe. Das mag auch im Verhältniß zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger gelten. Warum aber soll nicht, wie der Faustpfandgläubiger Dritten gegenüber frei über das ihm anvertraute Pfand schalten kann, solches auch Derjenige können, welchem eine Forderung verpfändet ist? Vor Allem erlangt dadurch der sonst sehr benachtheiligte Schuldner eine viel bessere Rechtslage. Nach dem Entwurfe sind Verpfänder und Pfandgläubiger ihm gegenüber bald gemeinschaftlich berechtigt, bald einzeln (§. 1217, §. 1218 Abs. 1). Prüft man weiter den §. 1220 B. G.-B., so ist nicht einmal mit Hülfe der Motive erfindlich, weshalb nicht hier, wo der Gegenstand der Forderung eine bewegliche Sache ist, der Pfandgläubiger die Inhabung derselben sollte erlangen können, wenn auch seine Forderung noch nicht fällig ist. Das Gesetz will doch stets Durchführung des Faustpfandprinzips! Wenn nun die Natur der Forderungen dies

[13]) Bähr regelt zunächst die Verpfändung von Forderungen und bestimmt im Anschluß daran kurz über die Verpfändung von Rechten (§. 1108).

Digitized by Google

nicht immer gestattet, warum sollte dann aber hier, wo es so leicht und von selbst gegeben ist, davon Abstand genommen werden?

Bei solcher Stellungnahme gewinnt das Prinzip des §. c letzter Theil besondere Bedeutung. Weil daraus schon folgt, daß der Pfandgläubiger dem Schuldner gegenüber die Stellung eines Cessionars hat, so brauchen Sondervorschriften nur für das Verhältniß desselben zum Verpfänder gegeben zu werden.

8. Untersucht man von dem vorbezeichneten Standpunkte aus die einzelnen Bestimmungen der §§. 1217—1222 B. G.-B., so müssen manche wegfallen. Von dem §. 1217 kommt nur noch Absatz 2 Satz 1 in Betracht. Da aber hier der Pfandgläubiger allein zur Kündigung befugt sein soll, so kann dem Gläubiger nur gestattet werden, daß er unter Umständen die Kündigung fordern darf. Hierzu wäre erforderlich, daß das Interesse des Gläubigers solches erheischt und der Pfandgläubiger durch die Kündigung nicht geschädigt wird. Alsdann bedarf es auch keiner besonderen Vorschrift für den Fall, daß es sich um eine Forderung handelt, deren Zinsen als Nutzpfand bestellt sind.[14]) Darnach würde an die Stelle des §. 1217 B. G.-B. zu setzen sein

§. g.

> Ist eine Forderung Gegenstand des Pfandrechts, so kann der Gläubiger nur dann von dem Pfandgläubiger deren Kündigung verlangen, wenn er ein nachweisliches Interesse daran hat und die Sicherheit des Pfandgläubigers nicht dadurch gefährdet erscheint.

Der §. 1218 B. G.-B. ist dagegen in seinen wesentlichen Theilen beizubehalten, nur läßt er sich erheblich kürzer fassen. Weil der Pfandgläubiger dem Schuldner gegenüber schlechthin zur Verfügung über die Forderung berechtigt sein soll, kommt die Eventualität des Absatzes 1 Satz 3, daß er auch seine Befriedigung aus der Forderung auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach Maßgabe der für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften

[14]) Vgl. Motive S. 860 unten und Cosack S. 82.

Digitized by Google

erwirken kann, in Wegfall. Ebenso bedarf es der in Absatz 5 enthaltenen Vorschrift nicht, da die regelmäßigen Normen des Rechts schon genügen. Deshalb wird an Stelle des §. 1218 B. G.-B. vorgeschlagen der

§. h.

Sobald der Pfandgläubiger eine fällige Geldforderung hat, ist er auch dem Gläubiger gegenüber befugt, die verpfändete Forderung zu kündigen und einzuziehen. Von der Einziehung hat er den Gläubiger baldmöglichst zu benachrichtigen.

Ist die verpfändete Forderung eine Geldforderung, so darf er nicht mehr einziehen, als zur Befriedigung seiner Forderung erforderlich ist.

Erst nach der Befriedigung des älteren Pfandgläubigers hat der nachstehende ein Recht auf Einziehung.

9. Die §§. 1219—1222 B. G.-B. stehen im engen Zusammenhange und lassen sich hier bedeutend kürzen. Der Absatz 3 des §. 1219, welchem beigetreten werden muß, wird, weil er auch gut an §. h anschließt, an die Spitze zu stellen sein. Alsdann dürfte der Fall, welchen §. 1221 regelt, zu berücksichtigen sein, daß der Pfandgläubiger, der noch keine fällige Forderung hat, das Geld vom Schuldner erhält. Sachgemäß bestimmt §. 1221, daß der Gläubiger alsdann die Belegung des Geldes unter Erhaltung eines Pfandrechts an demselben für den Pfandgläubiger von diesem verlangen kann. Mit Recht beanstandet Cosack S. 83 aber, daß hier nur mündelsichere Belegung soll gefordert werden dürfen. Da die Lage des Pfandgläubigers nicht verbessert werden soll auf Kosten des Gläubigers, so muß dieser gleichartige Anlage wie früher verlangen dürfen.

Falls die Geldforderung Zinsen bringt, wird dem Schuldner gegenüber nach dem hier eingenommenen Standpunkt der Pfandgläubiger der zur Annahme Berechtigte sein, soweit es sich nicht um schon vor der Verpfändung fällig gewordene Zinsen handelt. Auch Cosack S. 82, welcher den §. 1222 für sachgemäß erklärt, hält die Auffassung für näher liegend, daß die Zinsen von vornherein mit verpfändet sind, daß aber andererseits der Gläubiger über die-

Digitized by Google

selben bis zur Klagerhebung verfügen dürfe. Eine ähnliche Regelung der Frage wird auch hier vorgeschlagen. Der Pfandgläubiger kassirt die Zinsen für den Gläubiger ein und hat sie auf dessen Verlangen auszukehren. Sobald aber die Forderung des Pfandgläubigers fällig geworden ist, hört solches Recht des Gläubigers auf sowohl für die erst fällig werdenden Zinsen wie für schon verfallene, über welche er noch nicht verfügt hatte. Ganz wie die Zinsen sind die aus einem Inhaberpapier fälligen Leistungen zu behandeln, wie auch der §. 1226 Abs. 3 B. G.-B. vorschreibt. Darnach sind folgende Paragraphen an Stelle von B. G.-B. §§. 1219 Abs. 3, 1221 und 1222 aufzustellen.

§. i.

Hat der Pfandgläubiger gemäß §. h Geld eingezogen, so ist er insoweit als durch den Gläubiger der eingezogenen Geldforderung befriedigt anzusehen.

Hat der Pfandgläubiger vor Fälligkeit seiner Forderung vom Schuldner Geld erhalten, so kann der Gläubiger einer zinstragenden Forderung verlangen, daß der Pfandgläubiger für eine gleichartige Belegung des Geldes mitwirkt, dergestalt jedoch, daß das Pfandrecht begründet bleibt.

§. k.

Die Auskehrung der nach der Verpfändung einer Geldforderung fällig werdenden Zinsen kann der Gläubiger vom Pfandgläubiger verlangen, so lange noch nicht dessen Forderung fällig geworden ist. Das Gleiche gilt von Leistungen, welche aus einem verpfändeten Inhaberpapier fällig werden.

10. Zieht der Pfandgläubiger einen anderen Gegenstand als Geld ein, so kann er auch diesen behalten, wie wenn ihm derselbe an Stelle der Forderung von vornherein verpfändet wäre. Damit erledigt sich §. 1220 B. G.-B. Soweit die allgemeinen Voraussetzungen des Faustpfandrechts erfüllt sind, wird der Pfandgläubiger an dem betreffenden Gegenstand ein Pfandrecht erwerben. Dies

Digitized by Google

bestimmt auch §. 1219 Abs. 1, wenngleich der Wortlaut — wegen seiner ausnahmsweisen knappen Fassung! — zu viel sagt, wie Cosack S. 83 mit Recht hervorhebt. Zu den besonderen in Absatz 2 des §. 1219 B. G.-B. geregelten Fällen ist nichts Weiteres zu bemerken. Deshalb empfiehlt sich für die §§. 1219 Abs. 1 und 2, 1220 der

§. 1.

Hat der Pfandgläubiger von dem Schuldner einen anderen Gegenstand als Geld erhalten, so tritt derselbe an die Stelle der Forderung als Pfand, soweit nicht Rechtssätze entgegenstehen.

Ist nach der Beschaffenheit des Gegenstandes zur Begründung des Pfandrechts dessen Eintragung in das Grundbuch erforderlich, so ist der Gläubiger der eingezogenen Forderung verpflichtet, die Erklärungen abzugeben, welche zu der Eintragung erforderlich sind. Besteht der Gegenstand der Leistung in einem Grundstücke, so kann der Pfandgläubiger nur die Eintragung einer Sicherungshypothek verlangen.

11. Hiermit sind alle einzelnen Paragraphen des fraglichen Titels eingehend gewürdigt mit Ausnahme der §§. 1223 und 1224. Dieselben bedürfen keiner Erörterung, da ihnen anstandslos beizutreten ist. —

Es hat sich somit gezeigt, daß der Entwurf in diesem Gebiete nicht sehr annehmbar ist. Vielleicht bietet der hier gebotene Gegenentwurf eine bessere Grundlage. Daß ihm Mängel anhaften, und selbst erhebliche, wird ein Kritiker gewiß feststellen können; ist er doch auch nicht, wie der Entwurf des Bürgerliches Gesetzbuches nach langwierigen Vorarbeiten zu Stande gekommen, sondern nur aus Prüfung einer praktischen Frage des geltenden Pfandrechts hervorgegangen. Der eine Vorzug darf aber für ihn beansprucht werden: er ist erheblich knapper und bestimmter als der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Digitized by Google

4.

Das Recht an Briefen.

Von **J. Kohler.**

---

§. 1.

Der Brief ist ein vertrauliches Kommunikationsmittel der Gedanken und Gefühle, unentbehrlich für den Welt- und Lebensverkehr. Er ist das Mittel, um vom Freunde sich Raths zu erholen, wie ein Mittel, um Geschäfte anzuspinnen; er ist ein Mittel, um sein Herz zu erleichtern, wie um Gedanken realer wie idealer Art einer gleichgestimmten Seele mitzutheilen.

Der Brief ist fast so nothwendig für den individuellen Lebensverkehr, wie das gesprochene Wort. Im Briefe begehen wir einen wichtigen Theil unseres Innenlebens.

Auch dieses Hülfsmittel menschlichen Lebensverkehrs muß sein Recht haben, und das Recht kann nicht in dem Rechte am Verkörperungsmittel aufgehen. Ja, das Recht an Briefen ist eine der wichtigsten Seiten des Personenrechts, wenn es auch wahr ist, daß wir ehedem sehr wenig davon in unseren Vorlesungen gehört haben; während doch in Frankreich, England und Amerika die Frage des Rechts an Briefen bereits mit umständlicher Kasuistik erörtert worden ist.

Das Recht an Briefen kann allerdings zunächst ein Recht an dem körperlichen Substrate, dem beschriebenen Papiere sein, und dieses Recht ist nicht so geringfügig, wie man meint. Mancher würde Tausende geben, wenn er den Brief, den er geschrieben, wieder zurückhaben könnte. Briefe großer Männer bilden eine Kostbarkeit, die ebenso, wie andere historische Kuriosen oder Kostbarkeiten, im

Digitized by Google

Werthe steigen, je größer der Verehrerkreis, je seltener die echten Handschriften des Mannes werden. In allen diesen Beziehungen gelten aber von den Briefen keine besonderen Regeln; Briefe sind insofern Manuskripte, wie andere auch, und wenn ein pikanter Brief besondere Anziehungskraft ausübt, so ist dies nur etwas Faktisches. Auch die Frage der Eigenthumsübertragung und des Eigenthumserwerbs folgt den gewöhnlichen Regeln; die Briefabsendung hat den Charakter einer Eigenthumstraditionsofferte, welche mit der Acceptation des Empfängers schließt. Der Empfänger wird dadurch zum Eigenthümer; es müßte sein, daß der Brief ausdrücklich zurückerbeten wird, wodurch der Briefabsender erklärt, daß die Uebersendung bloß den Charakter einer Besitzes-, nicht einer Eigenthumsübergabe an sich tragen solle. Der Briefempfänger ist daher berechtigt, den Brief zu vertilgen, auch wenn der Absender um Erhaltung des Briefes bittet; ihm gehören alle Accidentien des Briefes, die kassirte Marke u. a.

Für den Eigenthumserwerb am Briefe spricht sich auch vorwiegend die französische Jurisprudenz aus. Vergleiche die Entscheidungen des Kassationshofes v. 4. Dezember 1810, 4. April 1821, 12. Juni 1823 und Amiens v. 21. Februar 1839, Limoges v. 19. April 1844 bei Rousseau, Traité de la correspondance par lettres missives Nr. 5.

Ebenso auch die englische und amerikanische Jurisprudenz; es wird bestimmt hervorgehoben, daß der Empfänger des Briefes das Recht hat, ihn zu vernichten; und der Civil Code von Californien §. 985 sagt ausdrücklich: Lettres and other private communications in writing belong to the person to whom they are adressed and delivered.

Er kann daher auch den Brief in dritte Hand reklamiren, soweit eine bewegliche Sache in dritte Hand reklamirt werden kann; er kann es auch in die Hand des Briefverfassers selbst, sofern er diesem den Brief — nicht zum Behalten, sondern — zu bloßer Einsicht übergeben hatte.[1]) Und der Absender des Briefes, der nicht etwa den Brief bloß zur Einsicht übersandt hatte, hat kein Recht, nachträglich den Brief zurück zu verlangen. So auch treffend der

[1]) Vgl. Drone, Law of property in intellectual productions S. 135 f.; Addison, Law of torts (V. p. 493).

Digitized by Google

Appellhof Toulouse v. 6. Juli 1880, Sirey 81 II. 115, 117: cette propriété une fois reconnue au destinataire, il faut en conclure qu'il a le droit de conserver la lettre, et qu'il ne peut être tenu de la remettre. Unrichtig hatte der Appellhof Limoges v. 17. Juni 1824 (Dalloz, Répert. alphab. v. Lettre missive nr. 28) angenommen, daß der Vertrauensbrief est la propriété de celui qui l'écrit, et n'est qu'un dépôt entre les mains de celui qui la reçoit.[2] Von diesem Irrthum ist man längst zurückgekommen.[3]

Der auf solche Weise zum Eigenthum gewordene Brief fällt in Erbgang. Die Vererbung von Briefen kann aber nicht in der gewöhnlichen Weise vor sich gehen. Man darf bei der Erbschaft durchaus nicht bloß das Vermögen nach seiner allgemein menschlichen Seite, man muß das Vermögen auch nach der Seite in Betracht ziehen, die es speziell der Familie aufweist. Und hier kommen Familienreliquien, Wappen, Briefe als etwas Besonders in Betracht. Da kann keine Theilung frommen, die bloß das Vermögen in seiner allgemein menschlichen Funktion in Betracht zieht; die Familienstücke müssen vielmehr, wenn die Einigung nicht zu Stande kommt, ex aequo et bono zugewiesen werden, und die Zuweisung an den ältesten Sohn im Zweifel, wie solche im altfranzösischen Recht Uebung gewesen war, ist noch jetzt als die beste Lösung zu betrachten.[4]

[2] Weitere Entscheidungen in Pataille, Annales 92, p. 266, Legris, Lettres missives Nr. 32 f.

[3] Vgl. Tissier, La propriété et l'inviolabilité du secret des lettres missives (Paris 1885, Thèse pour le doctorat) p. 28 f.; Deffis in Pataille, Annales de la propriété industrielle 1870 p. 97 f.; Aubry und Rau, Cours de Code civil § 760 (VIII. p. 289). Allerdings spukt der Irrthum bisweilen noch in den Entscheidungsgründen der Gerichte, z. B. Appellhof Paris, 11. Juni 1875 (Sirey 75 II. p. 200 : qu'elles sont la propriété de ceux qui écrivent et un dépôt entre les mains de ceux qui les reçoivent; aber derartige obiter dicta sind meist unschädlich, sofern schließlich doch richtig entschieden wird.

[4] Die alten Schriftsteller, wie Lebrun, Traité des successions IV 1 nr. 45, knüpften dies allerdings an das frühere droit d'ainesse an; in der That war dies ein Anknüpfungspunkt, aber es ist nicht der einzige Rechtfertigungsgrund. Lebrun sagt an dieser Stelle (Ed. Paris 1775 II. p. 255): comme la loi favorise les ainés, en leur accordant des prérogatives plus importantes, le juge les favorise aussi, quoique par des moindre privileges. Ainsi les tablaux des ancêtres doivent rester à l'ainé, en qui leur nom reluit principalement. Leurs armes le regardent aussi comme les instrumens de leur gloire; et dans les

Digitized by Google

In der That sind die Briefe nicht Vermögensstücke, wie die andern, sie tragen den Stempel der Individualität an sich. Man wird darum dem Intestaterben die Briefe lassen, auch wenn er auf die Erbschaft verzichtet, und das Ansichnehmen von Briefen ist keine Einmischung, die den nachträglichen Erbverzicht ausschließt und als Erbschaftsannahme zu behandeln wäre; so mit Recht Appellhof Angers 4. Febr. 1869 Sirey 69 II. p. 291. Abgesehen hiervon muß der Satz gelten: der Empfänger wird Eigenthümer des Briefes.

Eine scheinbare Ausnahme, aber auch nur eine scheinbare Ausnahme gilt, wenn der Brief an einen Repräsentanten in Angelegenheiten des dominus adressirt ist: in diesem Fall ist eben der dominus der wahre Briefempfänger, er ist mindestens der, in dessen Vermögen der Erfolg des Brieferwerbs fällt. So bei den eigentlichen Repräsentanten, so noch mehr bei den Organen einer juristischen Person, bei Organen des Staats, der Gemeinde, der Stiftung. Hier kann durch die Adresse der rechtliche Erfolg charakterisirt sein: so wenn die Adresse an die Universität, die Stadtgemeinde u. s. w. lautet. Es kann aber auch der faktische Zustand zum Ausdruck gebracht sein: so wenn der Brief an den Herrn NN, Vorstand der Stiftung — oder auch nur an den Herrn NN lautet; der Inhalt des Briefes muß ergeben, ob der Brief dem Herrn NN als solchem, oder ob er ihm als Organ der hinter ihm stehenden Macht übertragen wird. Manchmal kommt die Unsitte vor, daß Persönliches und Geschäftliches vermischt wird. Hier muß das Geschäftliche überwiegen, es wäre denn, daß das Geschäftliche dem Herrn NN

familles de robe, les manuscrits et les livres notés de la main du pere lui appartiennent aussi par préciput. Ce sont là de menus suffrages attachés à l'aînesse, qui n'ont lieu néanmoins que dans les partages faits en directe, si ce n'est dans les coutumes, où le droit d'aînesse à lieu en collatérale. Man vgl. im übrigen Tissier p. 68 f. Sind vertrauliche Briefe von den einzelnen Erben an den Erblasser geschrieben, so ist es aequum jus, daß sie in der Theilung dem Absender wieder zugewiesen werden, ebenso wie etwa die dem Erblasser geschenkte Photographie. Vgl. Appellhof Rennes, 10. Juli 1880, und Kassationshof 9. Februar 1881 (Pataille, Annales de la propr. industr. 1881 p. 46; Sirey 81 I. p. 193), sowie die obige Entsch. v. Toulouse 6. Juli 1880. Vgl. aber auch Appellhof Paris, 19. März 1864 (Sirey 64 II. p. 170). Briefe im Nachlaß der Ehefrau stehen zunächst in der Verfügung des Ehemannes, O.L.G. Darmstadt 25. April 1885 Z. f. franz. Civ.-R. XVI. S. 446.

Digitized by Google

überhaupt nicht geschäftlich, sondern in persönlich vertraulicher Weise mitgetheilt wurde.

Derartige Korrespondenzen gehören dem dominus, auch wenn sie innerhalb der gleichen Machtsphäre von Organ zu Organ geführt werden; so wenn der Vorstand der Reichsbank dem Direktor einer Filiale, wenn der Minister dem Amtmann schreibt; ebenso die Requisitionsschreiben aller Art, die von Behörde zu Behörde desselben Staates laufen.

Anders wäre es, wenn die Korrespondenz lediglich die Persönlichkeit des Adressaten, obschon in dienstlicher Beziehung, beträfe; z. B. eine Nachricht über Gehaltsverhältnisse, über Urlaub, ein persönlicher Verweis: dies würde alles nicht an den Adressaten gerichtet, sofern er den Staat vertritt, sondern an den Adressaten, soweit er im Dienste des Staates steht, soweit er also dem Staat gegenüber eine Eigenperson, ein selbstberechtigter Dritter ist. Anders, wenn das Schreiben etwa allgemeinen Tadel in Verbindung mit Instruktionen, Anweisungen für die Zukunft enthält. Denn hier betrifft das Schreiben den Beamten als Organ des Staates und sagt ihm, wie er in dieser Beziehung sich zu verhalten hat. Im einzelnen Fall sind hier sehr wohl Zweifel möglich; Tadel, Verweis, Instruktion können ineinander übergehen; hier kann nur der ganze Inhalt des Schreibens zeigen, ob es die Einzelpersönlichkeit oder die Behörde betrifft. Diese Frage ist im Arnimfalle sehr bedeutsam gewesen.[5])

So ist auch in Frankreich erkannt worden, daß insbesondere die Notariatsurkunden nicht Privateigenthum, das Gewahrsam des Notars nicht sein Privatgewahrsam ist; weshalb bei Remotion des Notars die Schriftstücke dem Amte bleiben müssen. Dies hat der Appellhof Rouen v. 18. August 1874, Sirey, 76 II. p. 45, 46 unter die Denkform gebracht, daß die Papiere dem Amte, der étude gehören: les papiers, dossiers et correspondances d'un notaire ne lui sont remis ou confiés par les clients qu'à l'occasion des affaires de son étude et doivent dès lors, être considérés comme une propriété accessoire de cette étude.

---

[5]) Vgl. Holtzendorffs Vertheidigungsrede S. 33 f.; Merkel in den Rechtsgutachten im Arnimprozesse S. 50 f.

Digitized by Google

Schwieriger noch ist der Fall bei den eigentlichen Repräsentationsverhältnissen, wenn etwa der dominus seinem Repräsentanten schreibt, z. B. der Handelsherr seinem Geschäftsreisenden oder Prokuristen. Auch hier muß man unterscheiden: der Brief an den Repräsentanten als solchen, soweit er den Handelsherrn vertritt, ist im Wesen ein Brief an den Handelsherrn; anders, wenn der Brief nicht den Repräsentanten als solchen, sondern als Dienstthuenden, als einen im vertragsmäßigen Dienste des Geschäftsherren Stehenden betrifft. Korrespondenzen z. B. über das Gehalt des Prokuristen betreffen ihn in seinem Verhältnisse zu dem Geschäftsherrn, nicht in seiner Beziehung als Vertreter des Geschäftsherrn: hier ist er dem Geschäftsherrn gegenüber ein Dritter; ebenso Mahnungen, Warnungen u. dergl. Dagegen sind Instruktionen, Aufträge, Verhaltungsmaßregeln an den Prokuristen als Vertreter des Handelshauses gerichtet: hier gehören die Briefe dem Handelshause und der Repräsentant muß sie bei seinem Austritt einliefern. Daß ihm ein Editionsrecht zusteht, ist eine andere Frage, die mit der Eigenthumsfrage nicht verquickt werden darf.

Von welcher Bedeutung es für ein Handelshaus ist, daß ein aus dem Dienste scheidender Kommis oder Prokurist keine solchen Briefe mitnehmen darf, die vielleicht intime Geheimnisse des Hauses enthalten, ist offensichtlich.

Mit Recht hat daher der Appellhof Bordeaux v. 12. März 1842 (Sirey 42 II. p. 266, 268) ausgesprochen: qu'il est de principe que les lettres missives sont la propriété de la personne à qui elles sont écrites; mais que ce principe ne peut pas recevoir d'application dans l'espèce, par cette raison décisive que S. et B. n'ont pas écrit à M. en son nom privé et personnel, mais qu'ils lui ont écrit en sa qualité de commis voyageur, pour lui donner, dans leur seul intérêt, leurs ordres et leurs instructions; d'où il suit que leurs lettres n'ont pas cessé un instant de leur appartenir et qu'ils sont par conséquent fondés à en demander la remise.

So sagt auch das Handelsgericht v. Roubaix 30. März 1874, bestätigt vom Appellhof Douay v. 24. Juni 1874 (Dalloz 75 II. p. 95): qu'on doit considérer les lettres d'une maison de commerce comme étant sa propriété; qu'on ne saurait supposer à un chef de maison l'intention de renoncer à son droit de propriété sur

Digitized by Google

les notes et renseignements confidentiels que la correspondance peut renfermer; attendu que la restitution de ces documents est une juste garantie à laquelle la maison de commerce de qui ils émanent a droit pour prévenir le mauvais usage tel que divulgation des secrets qui pourrait en être faite par le voyageur devenu étranger à son ancienne maison de commerce, et comme dans le cas présent, son concurrent direct: cette restitution étant faite sous cette condition que la correspondance remise au mandant sera conservée par celui-ci pour être mise à la disposition du mandataire pour tous cas ou circonstances où la communication deviendrait nécessaire. Weitere Entſcheidungen ſind bei Pataille, Annales 1892 p. 268, zitirt.

Uebrigens darf, was vom Briefe des Geſchäftsherrn an den Repräſentanten geſagt iſt, nur von ſolchen Repräſentationen verſtanden werden, die ein Dienſt- oder mindeſtens ein Unterordnungsverhältniß involviren, wo alſo der Eine ſich dem Befehle des Anderen untergeben hat: denn nur da kann man ſagen, daß er den Brief in ſeiner Eigenſchaft als Repräſentant erhielt. Würde ich mich an einen Geſchäftsmann mit einem Auftrage wenden, den er mir erfüllen ſoll, ſo wäre der Auftragsbrief, auch wenn er ein Repräſentationsverhältniß eröffnete, ein Brief an ihn als einen Dritten. Aber auch wenn er den Auftrag angenommen hätte und ich ihm weitere Inſtruktionen ſchriebe, ſo wären die Briefe ſein, nicht mein Eigenthum; denn es ſteht ihm ja immerhin in thesi frei, jeden Augenblick das Verhältniß zu löſen, und jeder Brief muß mit dieſem Umſtande rechnen, jeder Brief iſt daher zugleich an den Adreſſaten als Eigenperſon gerichtet. Dies gilt insbeſondere von der Korreſpondenz mit dem Makler und mit dem Advokaten. Vgl. auch Appellhof Limoges 19. April 1844, Sirey 45, II. p. 654.

Es iſt auch offenſichtlich, daß die Lebensverhältniſſe zwiſchen dieſen verſchiedenen Fällen eine deutliche Schranke ziehen. Wo mir von Seiten des Dritten Widerſpruch und Selbſtprüfung entgegentritt, da werde ich meine Korreſpondenz anders einrichten, als wo ich Unterordnung und Gehorſam erwarten kann. Dort iſt das Geheimniß Sache des individuellen perſönlichen Vertrauens, hier iſt es durch die Unterordnung von ſelbſt gegeben; dort iſt das Vertrauen individuell, hier generell — ſo wenigſtens in thesi.

Digitized by Google

§. 2.

Das Recht an Briefen als Sonderrecht ist etwas Anderes; es steht im Zusammenhang mit der Eigenart des Briefes als einer vertraulichen Aeußerung, und dieses veranlaßt uns, auf den Begriff des Briefes näher einzugehen.

Das Wesen des Briefes liegt in seiner Vertraulichkeit; der Brief ist eine schriftliche Aeußerung, die mit der Absicht gemacht wird, daß sie nicht oder nur in beschränktem Kreise weiterverbreitet werden soll. Derartige Aeußerungen können urkundlichen oder nicht urkundlichen Charakter an sich tragen. Der Begriff des Briefes schließt den der Urkunde nicht aus, während umgekehrt nicht jeder Brief eine Urkunde ist, sofern man unter Urkunden nur solche rechtsgeschäftlichen Charakters versteht.[6])

Daher gehören zu dem Begriff des Briefes auch vertrauliche öffentliche Urkunden, auch staatliche Geheiminstruktionen, Geheimberichte, überhaupt kann der Brief tief in den Rechtsgeschäftsverkehr eingehen; er ist und bleibt darum doch eben ein Brief: Brief ist jede vertrauliche schriftliche Kundgebung. Daß Mittheilungen in Geheimschrift, daß Telegramme ebenfalls hierher zu zählen sind, versteht sich von selbst.

Dagegen sind eigentlich vom Briefbegriffe die einseitigen Schriftstücke ausgeschlossen, die sich nicht an einen Empfänger wenden, wie Notizen, Tagebuchaufzeichnungen, und so namentlich auch das Testament. Doch auch solche Aufzeichnungen können vertraulich sein, noch vertraulicher als Briefe, da sie (zuvörderst wenigstens) nicht einmal für eine andere Seele bestimmt sind; dann gelten die Grundsätze für Briefe analog auch für sie; denn sie theilen mit den Briefen die Eigenheit, daß sie die Kenntnißnahme Dritter ausschließen.

Ebensowenig sind Briefe die Schriftstücke, die zur allgemeinen Konstatirung dienen, wie Protokolle; oder die Schriftstücke, die eine Entscheidung enthalten, wie die Urtheile, sollten sie auch vertraulich und geheim sein.

Dazu kommt, daß ein Schriftstück relativen Briefcharakter haben kann; noch mehr, ein jeder Brief ist eigentlich nur relativ Brief, er

[6]) Wie im Strafrecht; der strafrechtliche Urkundenbegriff ist ein besonderer, begrenzter.

Digitized by Google

ist eigentlich nur Brief gegenüber der Person, an die er sich wendet. Wenn ich die Briefe eines Freundes einem Dritten übersende, so hat die Sendung eigentlich nur Briefcharakter, sofern ich diese Uebersendung mit einigen Worten an den Destinatär begleitete. Dies kann postalisch von Bedeutung sein.

Für die Wahrung des Geheimnisses eines Briefverschlusses kommt dagegen dieser ganze Unterschied nicht in Betracht; auch wenn ich lediglich ein Schriftstück couvertire und es einem Dritten zur vertraulichen Mittheilung schicke, ist dies ein Brief in unserem Sinne und das Recht an Briefen kommt zur Geltung. Ueberhaupt darf man den postalischen Begriff des Briefes, der wegen des Briefzwanges festgesetzt ist, nicht mit dem Begriff des Briefes als Vertrauensbrief verwechseln. Manches ist Vertrauensbrief, was postalisch kein Brief ist, und umgekehrt, manches ist postalisch Brief, was nicht den Charakter des Vertrauensbriefes an sich trägt. Die Vertrauenspflicht ist nicht davon abhängig, daß das Schriftstück eine Rede des Einen an den Andern enthält.

Mit Recht spricht darum das deutsche Strafgesetzbuch in §. 299 von der Eröffnung eines verschlossenen Briefes oder einer anderen verschlossenen Urkunde, um zur Geltung zu bringen, daß, was die Wahrung des Verschlusses betrifft, Schriftstücke jeder Art dem Briefe gleichstehen; Urkunde ist hier im weiteren Sinn = Schriftstück gemeint. Der §. 299 spricht also von verschlossenen Schriftstücken überhaupt,[7]) wobei es gleichgiltig ist, ob mit den Schriftstücken noch ein anderer Gegenstand mitgeschlossen ist; während Packete d. h. ein Verschluß mit anderem Inhalte, als Schriftstücken, zwar unter den §. 354, nicht aber unter den §. 299 fallen. Auch ein Packet, bei welchem sich lediglich ein Geleitbrief findet, gehört nicht hierher, sofern sich nur aus den Umständen ergiebt, daß der Verschluß nicht wegen des Geleitbriefes, sondern nur wegen des anderweitigen Inhaltes gemacht wurde. Es ist sehr begreiflich, daß die Sicherheit des Postverkehrs auch die Packete umfassen muß, daß aber sonst kein so großes Bedürfniß vorhanden ist, den Packetschluß zu wahren. Vgl. auch die Revised Statutes der Vereinigten Staaten 3891. 3892 (unten Note 41).

[7]) Vgl. auch noch John in Z. für Strafrechtsw. IV S. 20; VI S. 8; Börne im Gerichtssaal B. 41 S. 401.

Digitized by Google

Lazer drückt sich der italienische Cod. penale a. 159 aus: Chiunque apre indebitamente una lettera, un telegramma od un piego chiuso a lui non diretto. Dagegen sagt auch das österreichische Gesetz vom 6. April 1870 zum Schutze des Brief- und Schriftengeheimnisses (R.-G.-Bl. 1870 S. 71): „Die absichtliche Verletzung des Geheimnisses der Briefe und anderer unter Siegel gehaltener Schriften durch widerrechtliche Eröffnung".

Und das ungarische Strafgesetzbuch §. 327 spricht von Briefen, versiegelten Schriften oder telegraphischen Depeschen; der New York Penal Code §. 64, 2 nur von sealed letter or telegram; die Statuten von Maryland t. XXVII s. 195 sagen: if any person whatsoever shall presume to take and break open any letter whatsoever; Wisconsin s. 4470: open or read or cause to be opened or read any sealed letter; ähnlich California, Penal Code s. 618.

Verschieden lauteten frühere Gesetze; so das alte bayerische Strafgesetzbuch a. 396: „Briefe, Urkunden, Akten, Handelsbücher und andere dergleichen Dokumente, welche Privatgeheimnisse enthalten können".

Ebenso Oldenburg St. G. B. a. 413; ähnlich Württemberg a. 369, Hannover a. 218, Thüringen a. 285, Braunschweig §. 237.

Unserer Gesetzesfassung ähnlich war Baden St. G. B. §. 545: „Briefe oder andere versiegelte Urkunden"; Hessen a. 410: „versiegelte Briefe oder andere versiegelte Urkunden"; ebenso Nassau a. 404, und ebenso auch das Preußische Strafgesetzbuch §. 280.

§. 3.

Das Vertrauen kann nun verletzt werden durch die Person, der man das Vertrauen schenkt, aber auch durch einen Dritten, der sich in das Vertrauen eingeschlichen hat oder in das Vertrauen eingebrochen ist.

Die Vertrauensverletzung ersterer Art kann durch den Empfänger des Briefes erfolgen; es ist aber auch denkbar, daß der Schreiber des Briefes eine Vertrauensverletzung begeht gegenüber dem Empfänger, wenn er seinen eigenen Brief veröffentlicht. Denn meist hat die Korrespondenz intime Beziehungen von Brief zu Brief; der eine

Digitized by Google

lehnt sich an den andern an, nimmt Sätze und Mittheilungen aus dem andern heraus, geht auf Einzelheiten ein; und sollte er auch das nicht, so kann er schon durch seine Art und Weise, durch die behandelten Gegenstände, durch Scherz- und Neckspiele ein bedeutsames Kennzeichen sein für die intimen Beziehungen, in welchen zwei Personen zu einander stehen.

Daher kann die Veröffentlichung des eigenen Briefes eine Vertrauensverletzung gegen den Adressaten insofern enthalten, als sie das Vertrauen verletzt, das der Adressat schenkt, indem er solche Briefe annimmt und auf sie eingeht. Natürlich kann nur unter solch' speziellen Umständen in der Publikation des eigenen Briefes eine Vertrauensverletzung liegen.[8])

Die häufigsten Fälle der Vertrauensverletzung sind natürlich Fälle der Indiskretion des Briefempfängers.

Hier ist aber Folgendes zu beachten: die Rechtsordnung kann nicht jede Indiskretion vor ihr Forum ziehn, nicht allen Lebensverkehr in das Gebiet der Jurisprudenz schließen. Es giebt keine Jurisprudenz des Lebens in dem Sinne, daß wir Schritt und Tritt von der Jurisprudenz belauscht würden: dies würde die Unbefangenheit des Lebensverkehrs zerstören. Erst bei gewissen, besonders stark hervortretenden Lebensäußerungen tritt die Rechtsordnung ein und verlangt ihre Rechte. Daher kann keine Rede davon sein, daß eine jede Indiskretion ihre rechtliche Ahndung oder Gegenwirkung finden könnte. Wer indiskret ist, verletzt die gute Sitte des Lebens, und die gute Sitte wird ihn richten.

Aber es giebt Indiskretionen, die so wesentliche Lebensinteressen betreffen, daß unser Recht nicht dazu schweigen kann.

Dies gilt einmal von Berufsindiskretionen. Diese können auch in Briefsachen stattfinden; so was die Briefe an den Arzt, an den Advokaten betrifft. In dieser Beziehung gilt nicht nur civilistisches Eingreifen, sondern auch eine strafrechtliche Ahndung (§. 300 R.-St.-G.-B.).

Das Gleiche gilt von dienstlichen Briefen, wo die Disziplinarordnung, mitunter auch die Strafordnung eingreift, so insbesondere

---

[8]) Rousseau nr. 23, Pouillet, Propriété littéraire nr. 392.

Digitized by Google

auch was die Korrespondenzen der Behörden des diplomatischen Dienstes betrifft (R.-St.-G.-B. §. 353 a).[8a])

Aber auch abgesehen von besonderen Berufs- und Dienstpflichten, kann die Indiskretion Formen annehmen, welche sie in die Zwangsgewalt des Rechtes stellen. So insbesondere wenn die Indiskretion zur Veröffentlichung, zur Kundbarmachung an einen unbestimmt großen Personenkreis wird, sei es durch öffentliche Vorlesung, sei es namentlich durch Druck und Verbreitung.

Die Indiskretion ist eine Anstandswidrigkeit gegen die Person, die Publikation von Vertrauensbriefen dagegen eine schwere Verletzung ihres Innenlebens; sie verstößt gegen das Recht, daß ein Innenleben Innenleben bleiben und nicht in die Sphäre des öffentlichen Gesprächs gezogen werden soll. Jeder Mensch, namentlich aber jeder bedeutende Mensch hat sein Innenleben, oftmals die Keimstätte seiner erhabensten Gedanken, die Stätte, wo er nur er selbst ist mit all den Eigenheiten seiner Natur, die man Stärken und Schwächen nennen kann; wo die Seufzer einer bedrängten Seele erklingen, wie das Entzücken eines hochbeglückten Herzens, wo die leisesten Stimmungen sich kundgeben bis zu dem tiefsten Unbehagen, wo schonungslos all die Gefühle über Thun und Lassen der Außenwelt sich ergehn, wo all das Sehnen, Hoffen, Streben eines Menschen erklingt. Die Wahrung dieses Seelenlebens, das oftmals die Atmosphäre bildet, aus der sich eine ideale Welt gestaltet, ist eine heilige Pflicht des Rechts. Nichts ist oberflächlicher als die Ausflucht, was recht und redlich sei, dürfe Jedermann hören: nein, die schönsten Seiten des Lebens sind nicht für Jedermann; die Schmerzen einer duldenden Seele sind nicht für das Gespött näselnder Jüngelchen, vorlauter Dämchen und abgeschmackter Philister; und wenn die Züge des Innenlebens regelwidrig, anormal, sonderlich oder gar gesellschaftlich verpönt sind, so ist gerade darum das Innenleben um so mehr gegen die höchste Indiskretion zu schützen; wo Schwäche ist, braucht sie nicht jedem Gassenjungen ins Gesicht gerufen zu werden; so lange nicht

[8a]) Vgl. auch beispielsweise a. 379 des spanischen Strafgesetzb.: El funcionario público que sabiendo por razon de su cargo los secretos de un particular los descubriere, incurrirá en los penas de suspension, arresto mayor y multa de . . . .

Digitized by Google

die höchsten Interessen des Staatswohles im Strafverfahren das Einschreiten verlangen, hat das Recht auch die im Vertrauensbrief sich zeigende Schwäche gegen die Preisgabe an das große und kleine Publikum zu schützen.[9]) Allerdings, wer sein Leben nicht für sich hält, sondern seine Schwäche öffentlich zeigt, kann es nicht verwehren, daß die Oeffentlichkeit sich darüber hermacht; aber wenn er selbst den Schleier zerreißt, wenn er das Innenleben zum Außenleben macht und selbst die Indiskretion begeht, dann liegt eine Vertrauensverletzung Dritter überhaupt nicht vor.

Von dieser Art der Verletzung des Individualrechts habe ich bereits in meinem Autorrecht S. 143 ff. unter Hinweisung auf die französische, englische und amerikanische Jurisprudenz so ausführlich gehandelt, daß nur noch Weniges beizufügen ist. So neuerdings Appellhof Bordeaux v. 2. August 1882, Dalloz 84 II. p. 59, Tissier p. 99, Legris Nr. 86 f., Cosson, publication des lettres (1889); Seinetrib. 20. Juni 1883, Pataille 87 p. 108; sodann Civil Code of California S. 985: they (nämlich letters and other private communications) cannot be published against the will of the writer, except by authority of law.

Daß das in Frage stehende Recht ein Individualrecht, nicht ein Autorrecht ist, wurde dort genügend nachgewiesen;[10]) daß ein solches Recht besteht, und daß es neben dem Autorrecht besteht, als ein zweites Recht, braucht fürwahr keines Nachweises mehr; die Verquickung des Immaterialrechts mit dem Individualitätsrecht war ein Entwicklungsübel in den ersten Stadien der tieferen Ergründung des Autorrechts, die jetzt glücklicherweise als überwunden zu betrachten sind.

Nur eine andere Denkform ist es, wenn das englische und amerikanische Recht ein common law property an dem Inhalt

[9]) Treffend bemerkt Story, Equity Jurisprudence II nr. 946: In a moral view the publication of such letters . . . . is perhaps one of the most odious breaches of private confidence, of social duty, and of honorable feelings, which can well be imagined. It strikes at the root of all that free and mutual interchange of advice, opinions, and sentiments between relatives and friends and correspondence which is so essential to the whole-being of society and to the spirit of a liberal courtesy and refinement. (Ed. 13 by Bigelow II. p. 251.)

[10]) Eine Art Autorrecht (aber ohne tieferes Eingehen) nimmt an Pouillet Propriété littéraire nr. 387 f., vergl. ferner Rosmini Diritti d'autore nr. 32 f. Hiergegen Giannini im Arch. giurid. 47 p. 590 f.

Digitized by Google

des Briefes, wie überhaupt an dem Inhalt eines nicht zur Veröffentlichung bestimmten Schriftstückes annimmt, ein common law property, das nicht an die Voraussetzungen und an die Beschränkungen des Autorrechts geknüpft sei. In diesem Sinne reicht die englische Jurisprudenz zurück bis in das Jahr 1741 (Lord Hardwicke in Pope c. Curl.[11]) Hardwicke sagt hier: I am of opinion, that it is only a special property in the receiver. Possibly the property in the paper may belong to him, but this does not give license to any person whatsoever to publish them to the world, for at most the receiver has only a joint property with the writer. Es handelte sich um Briefe von Pope und Swift.[12])

Aehnlich Lord Apsley in Thompson v. Stanhope, wo Briefe Chesterfield's in Frage standen; ferner Lord Eldon in Gee v. Pritchard.[13])

Auf diesem Standpunkte mußte sich allerdings die Frage aufdrängen, ob ein solches common law property auch stattfinde an Vertrauensbriefen, überhaupt an Schriftstücken, die lediglich persönliches, kein literarisches Interesse in sich tragen und darum keinen autorrechtlichen Charakter haben. Diese Frage wurde vorübergehend verneint, dann aber überwiegend bejaht.[14]) Ein literarischer Charakter der Briefe wurde verlangt vom Vizekanzler Plumer in Percival v. Phipps; ebenso in Westmoore v. Scovell und in Hoyt v. Mackenzie. Hiergegen hat sich aber insbesondere die amerikanische Praxis erhoben, man vergleiche Folsam v. Marsh (Justice Story), Woolsey v. Judd (Superior Court NewYork 1855, Judge Duer), Grigsby v. Breckinridge (Appellhof Kentucky), neuerdings Rice v. Williams (Circ. Court E. D. Wisconsin 1887).[15])

Insbesondere Story bemerkte in Folsom v. Marsh: The general property and general rights incident to property, belong to

---

[11]) Drone, Law of Property in intellectual productions p. 127, 128: Circ. Court E. D. Wisconsin, Rice v. Williams, Chicago Legal News 22./10. 1887 p. 53.

[12]) Chicago Legal News a. a. O. p. 53.

[13]) Ibid. p. 53.

[14]) Vgl. Drone S. 133 f., Chicago Legal News a. a. O. p. 53; Story, Equity Jurisprudence (13. Ed.) nr. 943 f.

[15]) Chicago Legal News a. a. O.

Digitized by Google

the writer, whether the letters are literary compositions or familiar letters or details of fact, or letters of business. The general property in the correspondence remains in the writer and his representatives.[16])

Bereits in meinem Autorrecht wurde hervorgehoben, daß das Individualrecht weichen muß, wenn die Publikation des Briefes zur Selbstvertheidigung gegen Angriffe desjenigen, der den Brief geschrieben hat, oder seines Rechtsnachfolgers geschieht.

In der englisch-amerikanischen Jurisprudenz ist dies allerdings nicht ganz außer Zweifel. Es ist in England anerkannt in Perceval v. Phipps, in Amerika in einigen obiter dicta, so in Folsom v. Marsh. Auf Story, Equity Jurisprudence II. Nr. 948 hat man sich für das Gegentheil berufen,[17]) allein er sagt hier nur, daß Private nicht das Recht der Briefveröffentlichung haben upon their own notion of taking the administration of justice into their own hand, or for the purpose of vindicating their own conduct. In II 946 ist dagegen ausdrücklich ausgenommen: where it is necessary to the proper vindication of the rights or conduct of the party against unjust claims or injurious imputations. Was entgegensprach, war immer nur das doktrinäre Vorurtheil, als sei das Briefrecht ein Eigenthumsrecht: auch in der englischen Jurisprudenz huldigt man bisweilen dem Dämon des Doktrinarismus.

Dieses Vertheidigungsrecht steht dem Briefempfänger gegenüber dem Absender zu; es steht ihm nicht zu, wenn er nicht vom Absender, sondern von einem Dritten angegriffen worden ist (es müßte denn der Absender daran betheiligt sein); es steht nur dem angegriffenen Empfänger des Briefes oder seinem Rechtsnachfolger zu, nicht einem Dritten, der etwa von dem Briefe Kenntniß genommen hätte.[18])

Der Publikation durch die Presse steht ein öffentlicher Handel mit Briefen gleich; auch dieser ist nicht gestattet ohne den Willen des Briefverfassers. Richtig die anglo-amerikanische Jurisprudenz;

---

[16]) Vgl. auch noch Bartlett v. Crittenden bei Myer Federal Decisions XV §. 1520.

[17]) Vgl. auch Drone S. 136 f.

[18]) So Story in Folsom v. Marsh (vgl. Drone S. 137 Note 3).

Digitized by Google

ſo Eyre v. Higbee und ſo die neuerliche Entſcheidung Rice v. Williams (Circ. Court E. D. Wisconsin 1887).[19])

So auch die franzöſiſche Jurisprudenz; darum iſt es auch den Gläubigern nicht geſtattet, auf die Briefe zu greifen, die der Schuldner empfangen hat, auch wenn ſie als Autographen zu verwerthen ſind, Appellhof Dijon v. 18. Februar 1870, Sirey 70 II. p. 212.

Bisher iſt von der franzöſiſchen und engliſchen (anglo-amerikaniſchen) Jurisprudenz die Rede geweſen.

Auch die italieniſche Jurisprudenz hat in mehreren Entſcheidungen die Publikation von Briefen verboten; ſo der Appellhof Turin v. 19. April 1882;[20]) ſo das Tribunal Mailand v. 9. Januar 1884[21]) und der Appellhof Mailand v. 14. Juli 1884[22]) bezüglich der Manzonibriefe, der letztere allerdings unter Annahme eines Autorrechts; doch iſt hier mindeſtens in der erſten Inſtanz die Beſonderheit der Briefe zur Geltung gekommen. Das Tribunale ſagt: anzi per le lettere altre gravi ragioni di convenienza, moralità e delicatezza concorrono per addimostrare maggiormente che la loro pubblicazione non può eseguirsi senza il permesso dell'autore, suoi eredi od aventi causa. Infatti una lettera viene scritta per essere letta, e non per essere pubblicata — — — — la lettera è sempre per sua natura uno scritto riservato, con un carattere affatto personale, ed ognuno deve facilmente compendere come il destinatario che la rende pubblica senza una speciale autorizzazione, oltre di fare una cosa contraria alla volontà dell' autore, manca al proprio dovere, viene meno alle leggi della delicatezza, perchè si fa lecito divulgare e licenziare alla curiosità di tutti fatti e circostanze confidati dallo autore in tutta buona fede unicamente alla sua persona (Rivista penale XIX. p. 536, Monitore dei tribunali XXV. p. 189).

Noch weiter kam die Eigenheit des Falles in der letzten Zeit zur Geltung durch eine Beſtimmung des neuen italieniſchen Codice penale: dieſer hat die Veröffentlichung von Briefen, die

[19]) Chicago Legal News a. a. O. S. 53, 54.

[20]) Roſmini, Diritti d' autore p. 151, nach den Annali di Giurispondenza Italiana 1882 III. p. 296.

[21]) Rivista penale XIX. p. 531, Monitore dei tribunali (1884) XXV. p. 186.

[22]) Rivista penale XXI. p. 79, 82, Monitore dei trib. XXV. p. 4. 75

Digitized by Google

bisher in Italien nur Civildelikt gewesen war, in den Schatten des Strafrechts gerückt; allerdings nur wenn ein erschwerender Umstand hinzutritt.

Der a. 161 des Cod. penale besagt: Chiunque, essendo in possesso di una corrispondenza epistolare o telegrafica, non destinata alla pubblicità, ancorchè a lui diretta, la fa indebitamente pubblica, ove il fatto possa cagionare nocumento, è punito con la multa da lire cento a duemila.

Vorausgesetzt ist, daß ein Schaden daraus hervorgehen kann: aber die Möglichkeit eines Schadens genügt; der Schaden braucht auch kein ökonomischer zu sein, es genügt, wenn ein Makel auf den Ruf des Verfassers fällt oder etwa die Ausstoßung aus der Partei oder etwas Aehnliches zu gewärtigen ist.[23])

Ist der Schaden ein öffentlicher Schaden und ist er eingetreten, so findet Verfolgung von Amtswegen statt, sonst nur auf Antrag (a. 164).

Unter Publikation im Sinne dieses a. 161 wird nicht nur eine Publikation durch die Presse verstanden, sondern auch durch Verbreitung an einem öffentlichen Orte, durch Vertheilung von Abschriften, oder in ähnlicher Weise, sofern l'individualità altrui sia gettata in pasto al pubblico sentimento.[24])

Daß aber auch dieser a. 161 die Publikation zur Selbstvertheidigung nicht ausschließt, wird anerkannt. Denn es heißt ausdrücklich fa indebitamente pubblica, und in der Vertheidigung gegen den Schreiber des Briefes liegt eine genügende Rechtfertigung.[25])

Aehnlich nun auch das neue brasilianische Gesetzbuch vom 11. Oktober 1890 a. 191, welches den Fall der Selbstvertheidigung ausdrücklich ausnimmt:

Publicar o destinatario de uma carta ou correspondencia, sem consentimento da pessoa que a endereçou, o conteûdo não sendo em defeza de direitos. Doch soll Strafe nur eintreten, wenn ein wirklicher Schaden erfolgt: e de uma ou outra resultando damno ao remettente.

[23]) Giannini p. 605.

[24]) So Lombardi, Il codice penale II. 1 p. 288.

[25]) Impallomeni, Codice penale II. p. 144.

Digitized by Google

§. 4.

Soweit die Publikation. Eine andere Frage ist die, ob der Empfänger des Briefes berechtigt ist, ihn im eigenen oder im fremden Prozesse vor Gericht zu bringen. Das ist nicht zu bezweifeln, sofern nur diese Produktion einem rechtlichen (eigenen oder fremden) Interesse entspricht. Daß eine solche Produktion nicht zur Publikation wird, daß sie stattfindet, um die Zwecke des Prozesses zu erfüllen, ohne die berechtigten Gefühle des Geheimnisses vor dem Publikum zu verletzen, dafür zu sorgen ist Sache des Prozesses. Der Prozeß, der in die Geheimnisse dringt, soll die Geheimnisse mit Diskretion benutzen. Allerdings sind unsere Prozeßinstitutionen bis jetzt nicht elastisch genug, um allen diesen Ansprüchen zu genügen. Das Gesagte entspricht auch vollkommen den Lebensverhältnissen. So wahr es ist, daß das Leben mit seinen intimen Regungen vor Gericht gebracht werden kann, weil sich oft nur aus der vollen Einsicht in die Lebensführung eine Kenntniß der Rechtsschicksale schöpfen läßt, ebenso wahr ist es, daß auch solche Briefe vor Gericht gelten müssen und die Ueberzeugung des Gerichts darauf gebaut werden kann.

Aber auch ein Dritter, der den Brief vom Empfänger in tadelloser Weise erhalten hat, darf ihn bei Gericht vorlegen, sofern er ein legitimes sachliches Interesse damit befriedigt. Bei dem Fluß der Verkehrsverhältnisse ist es unumgänglich, daß die Zeugnisse für ein bestimmtes Lebensgebahren auch in dritte Hand übergehen und in dritter Hand zur Aufklärung von Rechtsbeziehungen dienen dürfen, an denen der Dritte betheiligt ist. Ja, auch wenn es sich um Geständnisse, um Erzählungen und Schilderungen handelt, die etwa X dem A macht bezüglich seiner Rechtsbeziehungen zu C, kann der A den C einweihen und ihm die Briefe vertrauen, auch ihre gerichtliche Vorlegung gestatten. Denn häufig kann die Rolle des A sich so komplizieren, daß er nur durch Beiziehung des C verwickelte Verhältnisse zur Lösung, schreiendes Unrecht zur Hebung bringen kann, so daß unter verderblichen Umständen noch Heil erwächst. Man denke an Geständnisse, die eine verheirathete Tochter ihren Eltern macht, die das Fortbestehen der Ehe als höchste Mißlichkeit erscheinen lassen, an das Hohngeschrei des Bösewichts, der ein Opfer in seinen Händen hat, an den rächenden Ruf des Grausamen, dem man noch eine Seele entziehen möchte.

Digitized by Google

In allen diesen Beziehungen würde es dem Leben mit seinen komplizirten Aufgaben widersprechen, wollte man sagen: der Brief, der an A geschrieben, kann nicht von A dem C gegeben und von C gerichtlich vorgelegt werden. Unser Leben ist viel zu reich an Beziehungen und die Individualität des Einzelnen spielt eine viel zu wichtige Rolle, als daß man mit solchen allgemeinen Sätzen das Leben beherrschen könnte.

Die französische Jurisprudenz zeigte lange Zeit eine bedenkliche Neigung, die Vorlegung von Briefen durch Dritte, welche sie vom Empfänger erlangt hatten, überhaupt zu verbieten. Vielfach hat hier die unrichtige Nuance mit untergespielt, als ob der Empfänger nur ein Depositar, nicht der Eigner des Schriftstückes wäre. Zahlreiche, theilweise verfehlte Entscheidungen aus älterer Zeit finden sich bei Dalloz, Répertoire alphabétique v. Lettre missive Nr. 24 f.

Die neuere Judikatur zeigt zwar in der Begründung oftmals unrichtige Sätze; es wird nicht selten von der Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses aus argumentirt, als ob der Absender des Briefes seine Aeußerungen nun eben so in der Gewalt hätte. Aber die Entscheidungen gestalten sich jetzt mehr nach der Seite heraus, daß unser Briefgeheimniß kein absolutes Heiligthum sei, daß der Empfänger wie der Dritte Briefe vorlegen kann, vorausgesetzt, daß der Dritte den Brief auf legale, fehlerfreie, ehrliche, den Anforderungen eines anständigen Lebens entsprechende Weise erworben hat. So auch der Kassationshof v. 3. Juli 1850, Sirey 50 I. p. 705, 710: attendu qu'il est vrai, en principe, que les lettres confidentielles sont inviolables, et que les tiers ne peuvent s'en prévaloir en justice contre le voeu de celui à qui elles sont adressées, ou lorsqu'il en a été illégalement dessaisi, mais que l'arrêt attaqué constate, en fait, que le demandeur en cassation détient sans fraude les lettres . . . Vgl. ferner Appellhof Aix v. 24. Januar 1884, Dalloz 86 II. p. 87; Appellhof Bordeaux v. 9. April 1869, Dalloz 70 II. p. 222; Kassationshof v. 20 Juli 1880, Dalloz 81 I. p. 179; Appellhof Brüssel v. 9. Januar 1889 Pasicrisie Belge 1889 II. p. 185; Bar-le-Duc 9. Juli 1888 Pataille 92 S. 284. Vgl. auch schon Kassationshof v. 19. Juli 1843, Sirey 44 I. p. 237.

Fraglich könnte es nur sein, ob nicht eine Ausnahme zu machen ist, wenn der Absender des Briefes ausdrücklich das Geheimniß

Digitized by Google

auserbeten, vielleicht gar den Brief zurückverlangt hat. Man könnte die Indiskretion in solchem Falle als Delikt auffassen, als Vergehung gegen eine übernommene Vertrauenspflicht. Dies wäre aber deshalb unrichtig, weil in der Empfangnahme eines solchen Briefes noch kein Versprechen der Vertraulichhaltung liegt, die Aufrechterhaltung des dem Adressaten anbefohlenen Vertrauens immerhin eine Sache der Diskretion und der Selbstwürdigung des Adressaten ist. Aber auch wenn der Adressat versprochen hätte, die Briefe geheim zu halten, so wäre das nur wie das Versprechen, ein mündlich mitgetheiltes Geheimniß zu wahren. Hier obwalten die allgemeinen menschlichen Vertrauensverhältnisse, und es wäre unzulässig, die Deliktfrage hineinzuwerfen. Ein derartiges Vertrauen ist immerhin noch etwas ganz Anderes, als wenn ich Einem Briefe und Schriftstücke eines Dritten mit dem Gedinge leihe, daß er von diesen Schriftstücken keinen Gebrauch mache: hier spinnt sich ein festes Vertragsverhältniß, und wer dieses verletzt, begeht ein (mindestens civilistisches) Unrecht: derartige Briefe und Briefgeheimnisse dürfen auch nicht vor Gericht gebracht werden, wie solches unten zu entwickeln ist. Dagegen ist die bloße Indiskretion noch kein Grund der Abweisung des Briefes im Prozeß.

Damit verknüpft sich aber die weitere Frage, ob der Empfänger eines Briefes oder der Dritte, der vom Empfänger den Inhalt erfahren hat, nicht nur berechtigt ist, den Brief im Prozesse vorzulegen, oder über ihn Auskunft zu geben, sondern zur Auskunft verpflichtet ist; ob der Zeugnißzwang sich auch hierauf bezieht, ob der Zeugnißzwang auf Indiskretionen gerichtet sein kann und das Diskretionsgebot keine Entschuldigung gewährt gegenüber der Pflicht, Zeugniß zu geben.

Denn etwas wesentlich Anderes ist es, ob Jemand nach seiner Erwägung den Brief und die daraus geschöpfte Kenntniß durch sich oder durch einen Dritten dem Gerichte vorlegen kann; oder ob Jemand gezwungen ist, dem Gerichte diese Kenntniß zu geben auch ohne jede eigene Initiative, auch wenn ihn die Umstände zum Schweigen mahnen, auch wenn er in der Aeußerung eine sonst tadelnswerthe Indiskretion erblickt. Es muß anerkannt werden, daß die Frage sehr große gesetzgeberische Schwierigkeiten bietet, daß es schwer ist, zwischen den Anforderungen der Gerechtigkeit und den

Digitized by Google

Postulaten des Vertrauenslebens die richtige Mitte zu treffen. Auch hat die Frage noch einen weiteren Bezug. Denn solche Vertrauensmittheilungen können nicht nur in Briefen, sondern auch unter vier Augen gemacht werden, unter der Zusicherung der strengsten Verschwiegenheit.

Diese ganze Frage über den Umfang des Zeugnißzwanges geht weit über unser Gebiet hinaus und kann hier nicht erörtert werden. Aber soviel ist zu sagen, daß unsere Gesetzgebung, welche, abgesehen von dem Amts- und Berufsgeheimniß und abgesehen von dem Fall, wo es sich um die Eröffnung eines Gewerbegeheimnisses handelt, den Zeugen rücksichtslos zwingt, die geheimsten Falten seines Innern zu eröffnen, große Bedenken hat. Wenn man sich des Rathes eines Beichtvaters erholen kann, so sollte man sich auch gefahrlos dem Busen eines Freundes anvertrauen dürfen; mindestens sollte es Jemandem unter eidlicher Versicherung, daß eine Mittheilung eine nur vertrauliche gewesen sei, gestattet sein, das Zeugniß abzulehnen.

Unsere Gesetzgebung hat in dieser Beziehung bedeutende Rückschritte gemacht. Es war beispielsweise ein schöner Zug, als die Hamburger Statuten I. 28,6 bestimmten, daß, wenn ein Mann den anderen vertraulich um seinen Rath bittet, dieser hernach nicht vor Gericht gezogen werden dürfe.

Die neuere Gesetzgebung will nicht einmal mehr das Redaktionsgeheimniß für den Zeitungskorrespondenten gewahrt wissen. Alles dieses ist eine Einseitigkeit, hervorgegangen aus dem Satze, Recht müsse im Prozesse absolut Recht werden. Aber es giebt auch noch eine Menge gesellschaftlicher Interessen höchsten Ranges, die von der Rechtsordnung gewahrt werden müssen, und dahin gehört die Sicherheit des Vertrauens, das Bewußtsein, daß man sein Herz unbefangen einem Anderen eröffnen dürfe.

Alles das kann hier nur angedeutet, nicht weiter ausgeführt werden. Jedenfalls ist soviel sicher, daß die Indiskretion der Aussage an sich noch kein Grund ist, um in unserem Rechte den Zeugnißzwang zu brechen.

§. 5.

Gegen dritte Personen ist die Vertrauensmacht des Briefes, d. h. das, ein solches Vertrauen umschließende, Individualitätsrecht in ver-

Digitized by Google

schiedener Weise geschützt. Hier geht der Schutz weiter, hier kann der Schutz auch bei uns strafrechtlicher Natur sein.

Ist nämlich das Schriftstück verschlossen, so ist eine widerrechtliche Eröffnung nicht nur civilistisch, sondern auch strafrechtlich verpönt. Die widerrechtliche Eröffnung ist Briefverbrechung: der Verkehr hat zur Sicherung der Vertraulichkeit das Mittel des Briefverschlusses ersonnen und die Durchbrechung des Verschlusses ist zum strafbaren Delikt erhoben worden.

So auch deutsches R.-St.-G.-B. a. 299. 354.[26])

Der Verschluß muß ein Briefverschluß sein, d. h. das Schriftstück muß entweder in sich oder in einer der Weise des direkten Brief- und Urkundenverkehrs entsprechenden Hülle verschlossen sein. Es wäre daher keine Briefverletzung in diesem strafrechtlichen Sinne, wenn Jemand die Kassette aufschlösse, um die Briefe der Herrin zu lesen; auch nicht wenn ein Diener das mittelst Schlüssels verschlossene Portefeuille öffnete, um von den darin enthaltenen Aktenstücken Kenntniß zu nehmen. Würde man soweit gehen, so müßte man jede Behältnißöffnung, die zum Gewahr von Briefen führt, hierher zählen, was dem Gedanken der Sache fern liegt.[27]) Dagegen ist es allerdings Briefverletzung, wenn eine Aktenmappe umschnürt und versiegelt war, denn die Versiegelung ist Eigenthümlichkeit des Urkunden- und Schriftstückverschlusses.

Der Verschluß braucht nicht ein kunstgerechter Verschluß zu sein,[28]) aber er muß ein Verschluß sein, der sich als definitiven Verschluß charakterisirt, d. h. so beschaffen ist, daß in thesi eine Eröffnung nicht mehr einen Wiederverschluß durch dasselbe Verschlußmittel in derselben Verschlußweise zuläßt. Es bedarf also keines Siegels,

---

[26]) Für den Fall der Unterdrückung ist der Briefbegriff ein weiterer; in §. 354 kommen auch Postkarten, Postanweisungen u. s. w. in Betracht; R.-G. v. 8. Dezember 1879, Entsch. in Strafsachen I. S. 114. So auch in Frankreich, Kass.-Hof 13. Mai 1870 Dalloz 70 I. p. 281.

[27]) Vgl. auch Luchini in der italienischen Strafgesetzbuchkommission, (bei Impallomoni Codice penale II. p. 143). Ueber italienische St.G.B. a. 159 s. unten S. 126.

[28]) Auch unter den Gesetzgebungen, die von versiegelten Briefen sprachen, sah man einen Gummiverschluß als genügend an. So Preuß. Obertrib. 15. 9. 1870 in Stenglein, Z. f. Gerichtspraxis X. S. 173.

Digitized by Google

es genügt der Verschluß durch Klebstoff; dagegen wäre ein Verschluß durch Umschnürung mit lediglicher Verknotung kein definitiver. Unrichtig in dieser Beziehung das Reichsgericht v. 15. Oktober 1887, Entsch. in Strafsachen XVI. S. 284, 290. Hier ist namentlich das Argument, daß das Aufknüpfen eines Knotens nicht eine Beschädigung desselben, sondern seine ordnungsmäßige Lösung ist, nicht richtig gewürdigt, wenn entgegengehalten wird: „die ordnungsmäßige Lösbarkeit eines Verschlusses schließt das Bestehen eines solchen nicht aus." Denn was in dem gedachten Argument mit ordnungsmäßiger Lösung gemeint ist, das ist eine Lösung in der Art, daß das Verschlußmittel hierbei intakt bleibt und die Wiederverschließung durch dasselbe Verschlußmittel in gleicher Weise erfolgen kann: wer auf solche Weise verschließt, der verschließt gegen Oeffnen und Wiederverschließen, er verschließt nicht definitiv; während ein durch Klebstoff verschlossenes Kouvert in der Weise des regelmäßigen Lebensverkehrs nur dadurch eröffnet werden kann, daß die Umhüllung zerstört oder doch zum nochmaligen Verschluß unbrauchbar gemacht wird: wer auf solche Weise verschließt, der verschließt definitiv, d. h. er verschließt in der Art, daß er sich ein Schwanken in der Entfaltung oder Nichtentfaltung dieses Briefes nicht vorbehält; er kann zwar den Brief, so lange er nicht abgegeben ist, eröffnen, aber dann hat er dieses Briefganze zerstört und muß ein anderes Briefganze herstellen. Allerdings ist auch bei verschlossenen Kouverts die Möglichkeit bisweilen gegeben, den Verschluß so zu eröffnen, daß nichts verletzt und das Ganze wieder in gleicher Weise anstandlos verschlossen werden kann; allein dies ist doch etwas Ausnahmsweises, der Sachbestimmung und Lebensordnung nicht Entsprechendes; es beruht nicht auf dem Sachgedanken, sondern auf einer Schwäche der Ausführung: es beruht auf dem Umstande, daß eben alles Menschliche unvollkommen ist, und so auch ein menschliches Verschlußmittel.

Ist der Verschluß durch Zufall gelöst worden, so ist von einer widerrechtlichen Eröffnung keine Rede mehr; die Lösung ist als erfolgt zu betrachten, sobald der Verschluß in einen Zustand gebracht ist, daß er, wenn von Anfang so gewesen, nicht als definitiver Verschluß hätte gelten können. Daß es, um zur Sicht des Inhalts zu

Digitized by Google

gelangen, noch einer Thätigkeit bedarf, genügt nicht, um den Verschluß als bleibenden Verschluß zu charakterisiren.[29])

Zum Verschluß ist wesentlich ein Zusammenhaften, eine sachliche Kohärenzverbindung. Es würde nicht genügen, wenn etwa der Brief nur künstlich ineinandergelegt, in raffinirter Verfaltung zusammengeschlungen wäre, so daß eine Eröffnung nicht leicht möglich ist, ohne an der Faltung und Neufaltung kenntlich zu sein: dies böte lediglich größere oder geringere Schwierigkeiten, um den Brief auseinanderzufalten und das Auseinanderfalten zu verdecken: hier wäre ein Mehr oder Minder in Frage, und da ist es nicht angänglich, die Strafvorschrift einzubeziehen. Auch steht eine solche Entfaltung in der gesellschaftlichen Würdigung einer Kohärenzlösung in keiner Weise gleich.

Das Eröffnen des Briefes besteht in der Verschlußlösung, so daß vom Inhalte des Briefes Kenntniß genommen werden kann. In welcher Weise der Verschluß gelöst wird, ist unerheblich, ob in bestimmungsgemäßer oder bestimmungswidriger Weise. Es würde also genügen, wenn etwa der Gummi gelöst oder durch Wendung und Aufbauschung des Kouverts soweit Platz geschafft würde, um den Brief herauszunehmen. Die Verschlußlösung braucht nicht eine Zerstörung des Verschlußmittels zu sein. Muß auch der Verschluß so gestaltet sein, daß in thesi zur Eröffnung ein Unbrauchbarmachen des Verschlußmittels gehört, so genügt es zur Eröffnung eines solchen Verschlusses, daß die Unvollkommenheit seiner Ausführung benutzt und das Verschlossene ohne solche Zerstörung des Verschlußmittels ans Licht gebracht wird. So auch R. G. 25. April 1890 Entsch. in Strafsachen XX. 375 (bezüglich des §. 354); auch schon Obertrib. 28. Januar 1865 Oppenhoff, Rechtsprechung IV S. 333.[30])

Dagegen ist das Zerreißen des Briefes kein Oeffnen, sofern es zugleich eine Zerstörung des Briefes enthält und daher die Kenntniß-

[29]) Unrichtig R.G. 18. März 1890 Entsch. in Strafsachen XX. S. 349 (allerdings bezüglich eines Packetes und mit Rückschrift auf § 354 St.G.B.). Es ist unrichtig zu sagen: „Ist zur Offenlegung noch irgend eine Thätigkeit erforderlich, so hat das Paket noch nicht aufgehört, geschlossen zu sein." (S. 350.) Dann wäre auch ein Streifband geschlossen, vgl. hiergegen Appellh. Caen 20. Dezember 1875 Sirey 76 II 144.

[30]) Vgl. auch Olshausen, Kommentar zu §. 299 Note 4; Meves in Holtzendorffs Handb. III. S. 1004.

Digitized by Google

nahme verhindert.[31]) Der Umstand, daß nachträglich einzelne Stücke zusammengesetzt werden können, genügt nicht: solche außergewöhnliche Eventualitäten sind für die Beurtheilung der Lebensverhältnisse nicht bestimmend.

Die Eröffnung muß eine unberechtigte sein.

Wer eröffnungsberechtigt ist, ergiebt sich aus der Art des Schriftstückes und aus der Art des Verschlusses. Bei Briefen, die an eine bestimmte Adresse gerichtet sind, geht das Eröffnungsrecht vom Absender über auf den Empfänger. Der Uebergang vollzieht sich damit, daß der Brief in bestimmungsgemäßer Weise dem Adressaten übergeben wird; die Uebergabe an den Stellvertreter kann natürlich der Uebergabe an den Adressaten gleich stehen. Dagegen ist die Uebergabe an die Post noch keine Uebergabe an den Adressaten: nach wie vor verbleibt dem Absender das Eröffnungsrecht. Allerdings kann er von diesem Rechte faktisch nur dann Gebrauch machen, wenn er den Brief von der Post zurückerhält, und ob und unter welchen Kautelen die Post den Brief zurückgiebt, ist Sache des Postverkehrs und wird nach den Bedürfnissen und Aufgaben des Postverkehrs bestimmt; soweit diese nicht im Wege stehen, bleibt das Eröffnungsrecht gewahrt, was sich namentlich dann zeigt, wenn etwa der Brief an den Absender als unbestellbar zurückkommt; und auch wenn der Absender ihn widerrechtlich wieder erhält und ihn eröffnet, so kann darin ein anderes Vergehen stecken (vgl. §. 133 R.St.G.B.), eine widerrechtliche Brieferöffnung ist es nicht.[32])

Mit der Uebergabe an den Adressaten, d. h. mit der Verbringung des Briefes in das Gewahr des Adressaten geht das Eröffnungsrecht auf diesen über; es bleibt bei ihm, sofern er nicht den Brief postalisch zurückgiebt. Das Eröffnungsrecht ist erworben mit der Uebergabe des Briefes in sein Gewahrsam, daher insbesondere

---

[31]) Obertrib. 20. 3. 1872 Stenglein, Z. f. Gerichtspraxis N. F. I. S. 307; Goltdammer Archiv XX. S. 206; Oppenhoff XIII. S. 211.

[32]) Vgl. auch die Entsch. des Preuß. Obertrib. vom 21. Oktober 1858 und 14. Februar 1878 in Goltammers Archiv VII. S. 118, XXVI. S. 133. Würde der Postbeamte einen von ihm abgesandten Brief in seiner Dienstthätigkeit aus dem Postverkehr nehmen, so wäre er nach §. 354 R.G.B. schuldig, aber nicht wegen der Eröffnung des Briefs, sondern weil er ihn dem Verkehr entzog; O.H.G. Mannheim 29. April 1876, Badische Annalen 1876 S. 153

Digitized by Google

mit dem Verbringen des Briefes in den Privat-Briefkasten, mit der Abgabe im Hause des Destinatärs, auch wenn dieser den Brief noch nicht zu seiner Kenntniß bekommen hätte — auch wenn die geschäftsübliche Zeit der Briefentnahme noch nicht gekommen ist; hierüber vgl. die Entsch. in Seuffert XXV. 179, XXXII. 213, XL. 191. Würde daher ein Brief, der hier niedergelegt ist, vom Absender wieder genommen und eröffnet, so wäre dies eine Verletzung des Briefrechts.

Es ist auch möglich, daß in dem Briefe an den Adressaten wieder ein verschlossener Brief an einen neuen Adressaten steckt. Diesen ist natürlich nur der neue Adressat zu eröffnen befugt; so insbesondere wenn es sich um Zeugnisse handelt, die man Jemandem verschlossen einhändigt. Auch der Absender selbst kann den zweiten Brief nicht mehr eröffnen, wenn er an den Erstadressaten gelangt ist, er müßte ihm denn vom Erstempfänger zurückgestellt werden.

Die widerrechtliche Eröffnung kann aber auch bei anderen verschlossenen Schriftstücken in Betracht kommen, insbesondere bei Schriftstücken, die überhaupt keinen Destinatär haben oder wenigstens einstweilen noch nicht. So wenn ich Schriftstücke für mich verschließe, um sie dem Auge Dritter zu entziehen: eine solche Verschließung kann durch mich, sie kann auch durch einen Dritten in meinem Interesse erfolgen; im ersten Falle bin natürlich nur ich der Eröffnungsberechtigte; im anderen Falle bin ich es auch; aber auch der Dritte, z. B. die Frau, der Sohn, der eine Versiegelung in meinem Interesse vorgenommen hat, kann sie wieder aufheben, sofern ich, der Dispositionsberechtigte, nicht etwa den Verschluß zum meinigen gemacht habe. Daß der Verschlußberechtigte mit dem Verfasser der Urkunde nicht identisch sein muß, versteht sich von selbst.[33]) Wenn ich einen Bund empfangener Briefe verschließe, so bin ich der Verschlußberechtigte, die Briefe mögen herrühren, von wem sie wollen.

Ist der Brief an eine juristische Person gerichtet, so ist nicht jedes Organ zur Brieferöffnung berechtigt, sondern nur das Organ, in dessen Geschäftssphäre der Brief fällt, oder ein Organ, dem dieses in solcher Weise untergeordnet ist, daß es ihm Gehorsam und

[33]) Darauf macht mit Recht Binding, Handbuch des Strafrechts I. S. 625, aufmerksam.

Digitized by Google

Unterwerfung schuldet. Andere Organe haben ein Eröffnungsrecht nicht; und insbesondere ist weder ein Ministerium noch ein Obergericht befugt, die an ein bestimmtes Gericht eingehenden Briefsachen zu öffnen. Daher kann hier innerhalb des Kreises der juristischen Person selbst eine unbefugte Eröffnung stattfinden; das beruht darauf, daß innerhalb dieser Machtpersönlichkeiten sich wiederum Machtsphären mit relativer Selbstständigkeit entwickeln, die ihre eigene individuelle Berechtigung haben. Würde man den einzelnen Lebensgliedern einer ausgebreiteten juristischen Person, wie des Staats oder der Gemeinde, die individuelle Sonderstellung nehmen, so würde man in die ganze Lebensentwickelung störend eingreifen.

Die Befugniß zur Eröffnung kann Jemand haben als Stellvertreter oder Rechtsnachfolger des zuerst Berechtigten, auch kraft eines Autoritätsverhältnisses. Davon ist später (S. 138 f.) zu handeln.

Das Eröffnen eines geschlossenen Briefes ist strafbar, auch wenn mit dem Eröffnen eine Kenntnißnahme vom Inhalt nicht verbunden ist;[34]) es genügt, daß eine Kenntnißnahme dadurch ermöglicht worden ist; denn schon das ist eine Vertrauensverletzung, daß man das Geheimniß aus der Sphäre seines faktischen Schutzes herauszieht; während allerdings ein Eröffnen unter gleichzeitiger Zerstörung des Schriftstückes einer anderen Betrachtungsweise angehören würde. (Oben S. 117 f.).

Noch mehr, es braucht die Eröffnung nicht einmal zum Zwecke der Kenntnißnahme zu erfolgen; es würde genügen, wenn Jemand einen Brief eröffnet, um seine Geschicklichkeit zu zeigen, oder um sich das im Briefe enthaltene Geld anzueignen,[35]) oder auch nur, um einen in den Schmutz gefallenen Brief neu zu kouvertiren, und so dem Ungemach eines beschmutzten Briefes zu entgehen.[36]) Es genügt eben wenn das Eröffnen mit dem Vorsatz des Eröffnens stattfindet, sofern hiermit das Bewußtsein der Möglichkeit der Kenntnißnahme

[34]) Vgl. Obertrib. Berlin 10. Juli 1873, Oppenhoff, Rechtsprechg. XIV. S. 499.

[35]) Vgl. den Fall der Entsch. des Stadtgerichts München vom 11. Dezember 1862 in Stenglein, Z. f. Gerichtspraxis III. S. 164.

[36]) Vgl. den Fall des H. A.-G.-Erkenntnisses vom 24. Juli 1868, bei Stenglein IX. S. 207.

Digitized by Google

verbunden ist. Das genügt. Eine Absicht, Schaden zu stiften, sich einen Vortheil zu verschaffen, ist noch weniger erforderlich, obgleich dies für die Strafausmessung bedeutsam ist.

Ebenso auch der New York Penal Code §. 642, der nichts weiter verlangt, als daß Jemand willfully and without authority opens a sealed letter; ähnlich Maryland XXVII. 195, Wisconsin s. 4470, California Penal Code 618.

Allerdings hat vielfach die Gesetzgebung etwas Anderes bestimmt; denn natürlich ist die Frage, wo die Kriminalstrafe beginnen soll, eine sehr relative. Das italienische Strafgesetzbuch verlangt die Absicht der Kenntnißnahme: per conoscerne il contenuto, a. 159. Aber einen Schaden oder die Absicht des Schadens verlangt auch das italienische Gesetz nicht; doch bestimmt es, daß, wenn ein öffentlicher Schaden eingetreten ist, die Verfolgung von Amtswegen stattfinden solle, a. 164.

Verschiedene frühere Gesetze verlangten die Absicht, zu schaden oder sich einen Vortheil zu verschaffen; wie das alte Bayerische Strafgesetzbuch a. 396 und die vielen, die ihm folgten: Oldenburg a. 413, Württemberg a. 369, Hessen a. 410, Nassau a. 404. Im Thüringischen Gesetzbuch a. 285 wurde schon die Eröffnung (mit dem Eröffnungswillen) bestraft, die Absicht des Schadens oder des Vermögensvortheils bildete einen Qualifikationsgrund. Baden §. 545 verlangte die Absicht, zur Kenntniß des Inhaltes zu gelangen, und behandelte die Absicht des Schadens oder Vermögensvortheils ebenso als Erschwerungsgrund. Das preußische Gesetz a. 280 war das Vorbild für das deutsche.

Das österreichische Gesetz mit der Ausdrucksweise: „absichtliche Verletzung des Geheimnisses . . . . . durch widerrechtliche Eröffnung" wird der Klasse des deutschen Rechts zuzuzählen sein, da die Verletzung des Geheimnisses auch mit der bloßen Eröffnung und der bloßen Möglichkeit des Eindringens in den Inhalt des Briefes gegeben ist.

Eins ist aber zu bemerken. Obgleich die strafwürdige That in dem Eröffnen liegt und obgleich nicht einmal gefordert wird, daß das Eröffnen zum Zwecke der Kenntnißnahme erfolgt, obgleich also die objektive Möglichkeit der Kenntnißnahme genügt, so muß die Kenntnißnahme nach der Eröffnung doch als die naturgemäße

Digitized by Google

Erfüllung des meist bei der Brieferöffnung ins Auge gefaßten Vergehenszweckes erscheinen. Darum wird man ein Komplott Zweier, dahin zielend, daß der Eine den Brief erbricht, der Andere davon Kenntniß nimmt, strafrechtlich so behandeln, daß, wenn das Komplott vollzogen wird, beide Theile als Mitthäter gelten; ganz ebenso, wie wenn auf Grund eines Komplottes der Eine die Sache wegnimmt und der Andere sich diese weggenommene Sache aneignet.

Ebenso ist zu sagen, daß, wenn Jemand den Brief heute in der Absicht der Kenntnißnahme erbricht und morgen liest, die Verjährung erst mit dem Momente des Lesens beginnt, weil das Lesen die naturgemäße Fortsetzung der Deliktshandlung und ihre bestimmungsgemäße Weiterentwickelung durch fortgeführte Thätigkeit ist.

Dagegen gehört die Veröffentlichung des Briefinhalts nach erlangter Kenntniß nicht mehr zum implizirten Thatbestand. Wenn daher der Thäter den Brief erbricht und nachträglich veröffentlicht, so ist nicht etwa die Verjährung erst von der Veröffentlichung an zu rechnen. Und wenn Jemand mit Anderen komplottirt, daß Briefe eröffnet, zur Kenntniß genommen und veröffentlicht werden, so kann er der Theilnahme nur insoweit für schuldig gelten, als die Veröffentlichung die Kenntnißnahme voraussetzt; und wenn Jemand ohne vorheriges Komplottiren einen Brief, dessen widerrechtliche Eröffnung er kennt, publizirt, so ist dies bei uns ein Civildelikt, aber nicht strafrechtlich zu ahnden.

Manche Gesetze rechnen allerdings die Veröffentlichung dadurch zum Delikt, daß sie sie zum erschwerenden Faktor machen, so daß das Delikt der Brieferöffnung in diesem Falle eine schwerere Ahndung erfährt: damit ist gesagt, daß die Veröffentlichung zu der fortsetzenden entwickelnden Thätigkeit innerhalb des Deliktes gehört; so Ungarn St.-G.-B. §. 327, Spanien a. 512, Brasilien a. 189; so Italien a. 159 (sofern daraus Schaden hervorgeht).

Noch weiter geht der New York Penal Code §. 642; denn er bestraft auch, wer bei der Brieferöffnung im Uebrigen nicht betheiligt ist, aber, wissend, daß ein Brief unbefugt eröffnet ist, seinen Inhalt publizirt; ebenso Wisconsin s. 4470: who shall publish the whole or any part of such letter, without such authority, knowing the same to have been so unlawfully opened; ähnlich California Penal Code s. 618.

Digitized by Google

Der faktische Vorsatz reicht für das Vergehen nicht aus, wenn dieser Vorsatz kein rechtswidriger ist. Rechtswidrig ist er aber, wenn er mit dem Bewußtsein verbunden ist, daß eine solche Eröffnung in ein fremdes Geheimniß eindringt, ohne daß dafür eine genügende Berechtigung spricht. Nicht das wird verlangt, daß der Thäter sich der Unerlaubtheit des Eindringens in fremde Geheimnisse besonders bewußt ist: das bringt das normale geistige Walten in unserer Kulturordnung von selbst mit sich und kommt als selbstverständlich gar nicht zur besonderen inneren Perzeption; wohl aber wird verlangt, daß der Thäter nicht redliche Gründe hatte, anzunehmen, daß ihm ein Eröffnungsrecht aus besonderer Beziehung zur Sache zusteht. Diese redliche Meinung wird respektirt, auch wenn sie auf Rechtsirrthum beruht. Würde daher etwa die Ehefrau vermeinen, daß ihr ein Brieferöffnungsrecht zusteht, so würde sie das entschuldigen, vorausgesetzt, daß diese Meinung keine leichtfertige, sondern eine redliche, durch die Umstände bestärkte, offene und wahrhaftige ist.[37])

Unvollkommen sind die Gesetzgebungen, die nur eine Bestrafung der Postbeamten statuiren; so der französische Code penal a. 187: Ouverture de lettres confiées à la poste, commise ou facilitée par un fonctionnaire ou un agent du gouvernement ou de l'administration des postes. Allerdings wird die Bestimmung ziemlich weit interpretirt: ein jeder zur Thätigkeit in der Post Zugezogene wird einbegriffen, selbst wenn er keinen Eid geleistet hat, Kassationshof v. 15. August 1856, Appellhof Orléans v. 24. April 1876, Sirey 56 I. p. 549, 76 II. p. 169.[38]) Die Wegnahme eines Briefes fällt natürlich unter den Diebstahlsbegriff; und erfolgt die Wegnahme aus der Postanstalt, so tritt die Erschwerung des a. 255 C. pénal ein, Kassationshof v. 2. April 1864, Sirey 64, I. p. 428; auch Appellhof Nimes 17. Februar 1853, Sirey 53, II. p. 266.[38a])

[37]) Vgl. auch Urtheil des Sächs. O.-A.-G. v. 30. November 1874 und Bayerischer Kassationshof v. 28. Juni 1878, Stenglein, Z. f. Gerichtspraxis, N. F. V. S. 153, VIII. S. 281.

[38]) Tissier p. 11, Legris, Lettres missives Nr. 10 f. Für uns kommt dieser Punkt in Betracht wegen des §. 354 St.-G.-B.; auch für die Frage, wann der Brief als der Postanstalt übergeben gilt, vgl. Oberhofgericht Mannheim v. 14. April 1877, Stenglein N. F. VII. S. 200.

[38a]) Wie bei uns §. 133 St.G.B., vgl. R.G. 13. November 1891 Entsch. 22 S. 204.

Digitized by Google

Auch das englische Recht bestrafte bis in die neueste Zeit nur den Postbeamten, der sich einer Brieferöffnung oder der Beförderung solcher schuldig machte. Maßgebend war 7 Wilhelm IV. und 1 Vict. c. 36 s. 25: every person employed by or under the post office who shall contrary to his duty open or procure or suffer to be detained or delayed, a post letter, shall in England and Ireland be guilty of a misdemeanor, and in Scotland of a crime and offence, and being convicted thereof shall suffer such punishment by fine or imprisonment.[39]) Allerdings wurde auch hier der Begriff des „employed under the post office" ziemlich weit gefaßt und beispielsweise auch auf einen Gehilfen ausgedehnt, der beim Sortiren der Briefe mitthätig ist, sofern derselbe daraufhin einen Eid geleistet hat.[40])

Die hier bleibende Lücke ist aber in neuerer Zeit theilweise ausgefüllt worden durch die Post office Acte von 1891 (54, 55 Vict. c. 46) s. 10: Any person not in the employment of the Postmaster-General who wilfully and maliciously, with intent to injure any other person, either opens or causes to be opened any letter which ought to have been delivered to such other person, or does any act or thing whereby the due delivery of such letter to such other person is prevented or impeded, shall be guilty of a misdemeanor, and be liable to a fine not exceeding fifty pounds, or to imprisonment not exceeding six months.

Die Verfolgung geschieht auf Antrag des Postmaster-General. Trotz der Erweiterung ist daher immer noch der Gesichtspunkt der Verletzung des Postverkehrs der maßgebende geblieben.

Auch das Bundesrecht der Vereinigten Staaten kennt Strafbestimmungen nur bezüglich des Postverkehrs, Gesetz vom 3. März 1825 s. 21 (Revised Statutes s. 3891).[41]) Dagegen finden sich Be-

[39]) Vgl. hierzu auch Ruſſel, Crimes and misdemeanors (5 Ed.) II. p 411.

[40]) Ruſſel II. S. 420.

[41]) Vgl. auch Bishop Criminal Law II. §. 904 Note 8. Die s. 3891 besagt: Any person employed in any departement of the postal service, who shall unlawfully detain, delay, or open any letter, packet, bag, or mail of letters intrusted to him, or which has come into his possession, and which was intended to be conveyed by mail, or carried or delivered by any mail-carrier, mail — messenger, route-agent, letter-carrier, or other person employed in any department

Digitized by Google

ſtimmungen über ſonſtige Brieferbrechung in einzelnen Statutarrechten, ſo z. B. im Penal Code von New-York, §. 642, in den Statuten von Maryland XXVII. s. 195; Wiskonſin s. 4470; California, Penal Code s. 618.

Auch das ältere italieniſche Strafgeſetzbuch erſtreckte zwar die Strafbeſtimmung auf die Privatperſonen, ging aber zunächſt von der Sicherung des Poſtverkehrs aus. Der a. 296 beſagte:

L'aprimento di una lettera o di un piego sigillato o la soppressione di lettere o di pieghi fattasi deliberatamente da chi non vi abbia alcun diritto, saranno puniti colla multa . . .

Die Beſtimmung ſtand aber unter dem Titel:

Delle rotture dei sigilli, e delle sottrazioni commesse nei luoghi di pubblico deposito.

Hiernach war es ſtreitig, ob ein Privater nur dann ſtrafbar iſt, wenn er den Brief im Briefverkehr, während er im öffentlichen Gewahrſam iſt, eröffnet, oder auch wenn die Eröffnung ſonſt geſchieht. Die Jurisprudenz drängte weiter, und der überwiegende Zug des Rechts ging auf durchgängigen ſtrafrechtlichen Schutz des Briefgeheimniſſes. So ſprach ſich der Kaſſationshof Palermo v. 18. Januar 1886, Rivista penale XXIII. p. 168, Monitore dei tribunali XXVII. p. 605, 606, aus, wie folgt:

Una lettera suggellata che spesso può racchiudere delicati segreti e gravi interessi di famiglia, non è meno sacra e non deve essere meno rispettato dalla fede pubblica allorchè, invece di stare riposta in luogo di pubblico deposito, sia in una stanza ovvero in potere di una persona con missione di consegnarla ad altri. Ebenſo Appellhof Brescia v. 21. Juni 1884 (Monitore XXV.

---

of the postal service, or forwarded through or delivered from any post-office or branch post-office established, by authority, of the Postmaster-General — — — shall be punishable . . . . Allerdings ſpricht s. 3892 auch von anderen Perſonen: any person who shall take any letter, postal card, or packet . . ., allein er beſtraft nur das Wegnehmen von Briefen aus dem Briefverkehr, nicht das bloße Oeffnen von Briefen und nicht die Behandlung von Briefen, die bereits dem Poſtverkehr entwachſen oder noch nicht in den Poſtverkehr gelangt ſind. Es heißt ausdrücklich: take any letter . . . . out of a post-office . . . . before it has been delivered to the person to whom it was directed . . . . Die Geſetzgebung des Bundes bezieht ſich eben bloß auf das Poſtweſen, nicht auf die Behandlung von Briefen überhaupt.

Digitized by Google

p. 733); auch Tribunal Castrovillari v. 31. Januar 1867 (ib. XXV. p. 551 Note).

Anderer Ansicht war der Kassationshof Rom v. 21. Oktober 1885 (Monitore XXVII. p. 605 Note).[42])

Das neue italienische Strafgesetzbuch, das in a. 159 bestraft: Chiunque apre indebitamente una lettera, un telegramma od un piego chiuso a lui non diretto, hat alle Zweifel begraben. So auch das spanische, das brasilianische Gesetzbuch.

Fast überall ist das Delikt (wenn von Privaten begangen) ein Antragsdelikt. So auch Ungarn §. 327, Italien a. 159 (sofern nicht ein öffentlicher Schaden daraus erwächst).

Antragsberechtigt ist der, in dessen Individualitätsrecht eingegriffen wird. Das Antragsrecht fällt daher nicht zusammen mit dem Eröffnungsrecht. Wer ein Brieferöffnungsrecht hat kraft eines Autoritäts- oder Gewaltverhältnisses, hat ein Eröffnungsrecht, aber kein Antragsrecht. Wer die Schriftstücke eines Andern in dessen Interesse verschließt und sie solchergestalt wieder eröffnen darf, hat das Antragsrecht nicht. Allerdings kann eine solche Persönlichkeit unter Umständen in Vertretung des Berechtigten einen Antrag stellen, aber dann stellt sie den Antrag in fremdem Namen.

Zum Antrag berufen ist der Individualitätsberechtigte zur Zeit der rechtswidrigen Brieferöffnung. Handelt es sich daher um einen abgesandten Brief, so ist das Antragsrecht verschieden je nach der Zeit der Begehung; es steht dem Absender zu, wenn die Begehung vor die Uebergabe des Schriftstücks fällt; wenn später, dem Empfänger und nur dem Empfänger: denn vorher ist der Absender Träger des Geheimnisses, nachher der Empfänger; und daß bei Begehung des Delittes nach der Uebergabe des Briefes nur der Empfänger das Antragsrecht hat, nicht auch der Absender zugleich, daß es dem Empfänger und nur ihm zustehen muß, zu entscheiden, ob gestraft oder verziehen werden soll, wird unten (S. 139) noch näher zu erweisen sein.

---

[42]) Vgl. hierüber auch den Aufsatz von Majno im Monitore dei tribunali XXV. p. 545 f. Für die weitere Ansicht sprach auch das Komma nach sigilli, wornach die Schlußworte di pubblico deposito sich nur auf das Delikt der sottrazione bezögen; für die engere allerdings der ganze Zusammenhalt des Titels.

Digitized by Google

Entscheidend ist das Antragsrecht zur Zeit der Brieferöffnung; ist also der Absender antragsberechtigt, so geht das Antragsrecht nicht auf den Empfänger über. Das Antragsrecht geht überhaupt mit dem civilistischen Rechte nicht über: der Verletzte bleibt verletzt und es steht bei ihm, über Reaktion oder Nichtreaktion zu entscheiden. Empfängt daher der Adressat den Brief offen, so muß er es dem Absender überlassen, den Antrag zu stellen oder nicht; der Absender hätte ja den Brief durch einen Stellvertreter öffnen lassen und offen senden können, wie dies später (S. 139) noch zu entwickeln ist: es steht ihm daher auch frei, einem widerrechtlichen Eröffner zu verzeihen oder gar zu erklären, daß die Eröffnung seinen Intentionen nicht zuwider war.

§. 6.

Wer auf andere Weise, als durch Eröffnung eines Briefverschlusses, von einem Vertrauensschriftstück Kenntniß erlangt, begeht kein strafrechtliches Delikt; auch liegt kein Civildelikt vor, wenn er lediglich von einem solchen Schriftstück auf verbotenem Wege Einsicht nimmt. Wenn er aber, die so erlangte Kenntniß benutzend, den vertraulichen Inhalt des Schriftstücks Dritten kundgiebt, oder davon in seinem eigenen Interesse Gebrauch macht, so ist dies ein Civildelikt; es ist ein Civildelikt, das zur Entschädigung verpflichtet. Hier ist es anders, als wenn der Adressat oder, wer von ihm die Kenntniß erlangt hat, indiskret ist: ein solcher begeht eine Anstandswidrigkeit, aber kein Delikt, ein Delikt würde erst in der Publikation liegen; wer aber durch Vertrauenswidrigkeit in das Geheimniß des Vertrauensbriefes dringt und dieses nun preisgiebt, der begeht hiermit eine (civilistisch zu berücksichtigende) Rechtswidrigkeit. Wenn ich verschwiegen bin, ist es eine Tugend; wenn Jemand aber die Kenntniß von Schriftstücken erschleicht, so ist er ein Frevler.

Eine solche vertrauenswidrige Kenntnißnahme kann erfolgen unter Benutzung der Brieferbrechung eines Andern: haben Beide zusammen geplant, indem der Eine den Brief erbricht, der Andere den erbrochenen Brief liest, so liegt Theilnahme vor, wie bereits oben (S. 122) dargelegt wurde; haben sie nicht zusammen komplottirt, so ist nur das Erbrechen ein strafrechtliches Thun, aber die wissentliche Benutzung dieses Umstandes führt zum Civildelikt, wenn auf Grund

Digitized by Google

dessen das Geheimniß Dritten kundgegeben wird. Ebenso kann Jemand die Kenntniß des Briefinhaltes erlangen durch anderweite Sacheröffnung: durch Eröffnung des Schrankes, der Schatulle; er kann sie erlangen durch Einschleichen in das Zimmer oder durch indiskretes Hantiren im Zimmer bei Abwesenheit des Herrn; durch Mißbrauch des Dienstverhältnisses, durch Bestechung des Dieners u. s. w.

Ein solches Mißgebahren liegt auch dann vor, wenn Jemand den für einen Dritten bestimmten Brief aus Versehen geöffnet hat und sodann seinen Inhalt Anderen kund giebt: das Oeffnen selbst ist hier nichts Unerlaubtes; die Unvorsichtigkeit ist keine so starke, daß man ein solches Thun als etwas Anormales unter die unerlaubte Handlung stellen würde: es ist eine der vielen Inkongruenzen des täglichen Lebens. Wer aber bei einem so eröffneten Brief nicht sofort die Lektüre abbricht, oder, wenn er ihn gelesen, den Inhalt nicht in sich birgt, sondern Dritten preisgiebt, handelt als Frevler und kann darum civilistisch verfolgt werden.

Auch durch Ausübung des Brieferöffnungsrechts kann man zur Kenntniß des Briefinhaltes gelangen; dies ist nichts Unrechtes, aber man darf von der erlangten Kenntniß nur einen loyalen, dem Zwecke des Brieferöffnungsrechts entsprechenden Gebrauch machen. Der Vater darf es zur Wahrung seines Erziehungsrechts, der Richter zur Wahrung der Rechte der Untersuchung,[43]) auch der Rechte des Angeschuldigten selbst, der Irrenarzt zur Behütung des Patienten, zur Konstatirung seines Geisteszustandes und zur Erklärung der Krankheitserscheinungen. Jede sonstige Publikation, jedes Weggeben an Dritte, jede Mittheilung an andere Personen wäre nicht nur Indiskretion, sondern Civildelikt.

Auch das müßte als Frevel, als Civildelikt gelten, wenn zwar Jemand mit Willen des Berechtigten in den Besitz des Briefes gesetzt worden ist, aber zur bloßen Aufbewahrung oder mit dem Geding, hiervon lediglich einen bestimmten diskreten Gebrauch zu machen, z. B. ihn bei einer Behörde vorzulegen. Wer einen solchen

[43]) Auch der Rechte des Angeklagten und seiner Angehörigen. Es ist beispielsweise der Fall vorgekommen, daß die Frau des Verhafteten von einem Beamten mißhandelt wurde und den Vorgang ihrem Mann schrieb; der Untersuchungsrichter öffnete den Brief gab von seinem Inhalt der Behörde Kenntniß, die das weitere veranlaßte; das war natürlich berechtigt.

Digitized by Google

Brief zu anderen Zwecken verwendet, begeht nicht nur eine Indiskretion, sondern eine Unlauterkeit, ein Delikt. Es ist ein großer Unterschied, ob Jemand einen an ihn geschriebenen Brief undelikat behandelt, oder ob Jemand einen fremden Brief, bezüglich dessen er sich vertragsmäßig gebunden hat, in vertragswidriger Weise benützt.

Noch schlimmer ist es, wenn Jemand einen Brief erhält, von dem er sieht, daß er aus Versehen an ihn gelangt ist, indem er in ein falsches Kouvert gelegt war. Und auch das wäre eine Unlauterkeit, wenn Jemand Briefe vom Erben erhielte, von denen er wußte, daß der Erblasser sie geheimhalten wollte, und solche nun weiter verbreitete: es wäre das ein Eingriff in die dem Erblasser geschuldete Pietät. Dies gilt für so lange, als der Erblasser nicht schon mit Ablauf der Zeit in die Höhe unbefangener historischer Würdigung gerückt ist.

Endlich muß auch das noch als Civildelikt gelten, wenn Jemand zwar mit Willen des Briefempfängers in den Besitz des Briefes gelangt, wenn er sich aber dabei illoyaler, gesellschaftswidriger Mittel bedient.[44]) Es ist gesellschaftswidrig, Vertrauensbriefe zu kaufen, um sie gegen den Absender zu benutzen; es ist gesellschaftswidrig, sie durch Drohung (wenn auch ohne Deliktscharakter), durch falsche Vorspiegelung, durch Benutzung eines momentanen Zustandes minderer Zurechnungsfähigkeit vom Briefempfänger zu erlangen.

Wer von einem auf solche Weise erworbenen Briefe Gebrauch macht, handelt gegen die Rücksicht, welche die Gesellschaftsordnung von Jedem verlangt; er handelt nicht indiskret, sondern in unlauterer, die Gebote loyalen Handelns mit Füßen tretender Weise; er behandelt die fremde Individualität nicht nur nur anstands-, sondern gesellschaftswidrig; sein Handeln wird von der indiskreten Indelikatesse zum Frevel gegen die Gesellschaftsordnung, es ist ein Civildelikt und als Civildelikt zu verfolgen.

---

[44]) Verträge solcher Art sind nichtig, ebenso wie überhaupt Verträge dahin, daß Jemand die vertraulich an ihn geschriebenen Briefe herausgeben solle; derartige Verträge können nicht binden, weil Niemand sich verpflichten kann, das Vertrauen zu verletzen. Vgl. Ideale im Recht S. 79 f. und die Entscheidung des Circ. Court. Wisconsin 1887 Archiv f. bürgerl. Recht VI. S. 151.

Digitized by Google

§. 7.

Hat Jemand den Besitz des Briefes auf eine solche Weise erlangt, daß diese Weise ein Civildelikt darstellt, so sind die civilistischen und die prozessualen Reaktionsmittel dagegen statthaft; statthaft ist eine Klage auf Unterlassung weiterer unberechtigter Verwendung des Briefes, statthaft eine Klage auf Ersatz allen Schadens. Dies gilt insbesondere dann, wenn die unberechtigte Verwendung des Briefes eine Verwendung eines darin enthaltenen Gewerbegeheimnisses darstellt: wer auf solche Weise ein Gewerbegeheimniß erfährt und es für sich verwendet, begeht hierdurch eine Widerrechtlichkeit: er muß davon ablassen und volle Entschädigung zahlen, sowie den vollen, aus dem Gewerbegeheimnisse als solchen geschöpften Gewinn herausgeben.[45])

Aber noch in einer weiteren Reaktion zeigt sich der Widerspruch der Rechtsordnung gegen ein solches widerrechtliches Gebahren.

Hat nämlich Jemand einen Brief auf eine solche Weise in den Besitz bekommen, daß die Benutzung des Briefes ein Civildelikt darstellt, so darf er diesen Brief nicht vor Gericht vorlegen. Das Gericht darf nicht dulden, daß er vor ihm ein Delikt begeht, es darf nicht selbst zu einem solchen Delikte die Hand reichen. Noch weniger ist es statthaft, durch Benutzung des Zeugnißzwanges Jemanden zu zwingen, von diesem Verrathe bei Gericht Gebrauch zu machen und den Verrath gerichtlich fortzusetzen. Wenn die Prozeßordnung auch vor Indiskretionen nicht zurückscheut — denn im Rechtsleben giebt es manche Indiskretion —, zu einem Delikte darf kein Gericht die Hand bieten; zu einem Delikte darf noch weniger ein Gericht Jemanden zwingen.

Allerdings würde dies mit dem Momente anders, wo der Briefberechtigte zur Benutzung des Briefes seine Zustimmung gäbe; in diesem Falle wäre die Benutzung oder die Weiterbenutzung kein Eingriff in das Individualitätsrecht mehr; was ich verrathen will, ist meine Sache, was ich nicht geheimhalten will, braucht nicht geheim zu bleiben.

---

[45]) Vgl. darüber die von mir in Busch's Archiv Bd. 48 S. 352 citirte Literatur.

Digitized by Google

Der Satz, daß solche Briefe vor Gericht zurückgewiesen werden müssen, ist in der französischen und belgischen Jurisprudenz allgemein anerkannt; ja, es gehört die Bildung dieses großen Grundsatzes der Aequitas, dieses tief sittlichen Prinzips zu den glänzendsten Seiten der französischen Rechtsentwickelung. Man vergleiche die zahlreichen Entscheidungen bei Rousseau, lettres missives nr. 39—41, 47;[46]) man vergleiche insbesondere Kassationshof v. 4. April 1821 (Sirey 22 I. p. 33), Appellhof Riom 8. Januar 1849 (Sirey 49 II. p. 465), Appellhof Caen v. 31. Juli 1856 (Sirey 57 II. p. 22), Bordeaux v. 9. April 1869 (Dalloz 70 II. p. 222); Appellhof Paris, 11. Juni 1875 (Sirey 75 II. p. 200).[47]) Vgl. auch neuerdings Tribunal Brüssel, 6. Januar 1892 (Pasicrisie Belge 1892 III. p. 197).

So wurde es als unzulässig erklärt, einen Brief vorzulegen, den man widerrechtlich erworben hat; auch dann, wenn das Unrecht von einem Dritten begangen wurde und man durch Benutzung des so erworbenen Briefes an der Widerrechtlichkeit theilnimmt. So Kassationshof v. 21. Juli 1862 (Dalloz 62 I. p. 521, 522): qu'il est constant, en fait que les lettres dont il s'agit, ... avaient été soustraites . . . par un domestique infidèle; que si cette soustraction n'a point été provoquée par la demanderesse, qu'à cet égard aucun soupçon ne saurait atteindre, c'est du moins par une voie illicite que les lettres ainsi soustraites sont arrivées en sa possession . . .

Und so auch, wenn der Brief einer Erbschaft durch Unterschlagung oder Vertrauensverletzung entzogen worden ist; Kassationshof v. 11. Mai 1887, Dalloz 87 I. p. 332 (es handelte

[46]) Vgl. auch Aubry und Rau, Cours de Code civil § 760 ter (VIII. p. 290); Demolombe XXIX nr. 664; Larombière, Théorie et pratique des obligations ad a. 1331 nr. 14 (2. Ed.) VI. p. 210; Legris Nr. 102 f.

[47]) Schon aus dem altfranzösischen Recht werden uns Entscheidungen derart mitgetheilt, insbesondere vom 9. Mai 1645 und vom 11. August 1760. In letzterer wurde ausgesprochen: que, quoique les preuves résultantes des lettres écrites par un sieur E. à son fils, fussent très-concluantes contr'eux, on ne pouvoit cependant les leur opposer; parce qu'il étoit évident que ces lettres avoient été interceptées par les sieurs B. qui les produisoient et qu'il n'est pas permis d'employer de pareilles voies pour se procurer des titres et les opposer; Denisart, Collection de Décisions, v. Lettres missives nr. 4 und 6.

Digitized by Google

sich in einer Disziplinarsache um den Brief eines Advokaten an seinen Klienten, der Beschuldigungen gegen den Gerichtspräsidenten enthielt: der Brief wurde nicht zugelassen).

Und so wurde natürlich auch ein Brief zurückgewiesen, den Jemand nur durch ein Versehen erhalten hat; so insbesondere, wenn er in das falsche Kouvert gekommen ist; so Appellhof Rennes v. 26. Juni 1874 (Sirey 75 II. p. 34), Kassationshof v. 3. Mai 1875 (Dalloz 76 I. p. 183).

Eine unberechtigte Benutzung der Briefe wurde auch dann angenommen, als Jemand durch sein legitimes Brieferöffnungsrecht die Briefe erlangt hatte und sie Dritten gab oder vor Gericht vorlegte. Etwas besonderes gilt im Eheproceß, wovon S. 136 f.

Außerdem muß noch eine andere Ausnahme gelten. Es kann nicht als rechtswidrig betrachtet werden, wenn der Vater Briefe, die er auf solche Weise erlangt hat, benutzt, um nach erreichter Majorität im Interesse des Kindes eine Verbeistandung zu erzielen. So mit Recht Appellhof Caen v. 11. Juli 1866 (Sirey 67 II. p. 151). Denn dies steht mit dem Aufsichtsrecht des Vaters, das seine Brieferöffnung rechtfertigte, im innigsten Zusammenhang: die Eigenschaften des Sohnes, die seine Verbeistandung herbeiführen, sind bereits in der früheren Periode hervorgetreten und der Antrag auf Verbeistandung ist nur eine Fortsetzung der Fürsorge, die hier über das Alter der Volljährigkeit nöthig geworden ist.

Wie aber, wenn der Vorstand einer Irrenanstalt die eröffneten und zurückbehaltenen Briefe der Patienten dem Gerichte oder der Aufsichtsbehörde vorlegt? Etwa zu seiner Rechtfertigung, um dadurch einen geistesgestörten Zustand des Patienten zu beweisen? In einem berühmten Streitfalle hat dies der französische Kassationshof zugelassen, allerdings mit Rücksicht darauf, daß die Vorlegung zur eigenen Vertheidigung „dans un intérêt de légitime défense“ erfolgte.[48])

Man hat diese Entscheidung lebhaft bekämpft,[49]) da man fremde Briefe auch nicht zur eigenen Vertheidigung vorlegen dürfe, solange man hierzu nicht autorisirt ist. Nun ist allerdings diese Begründung

[48]) Kass.-Hof vom 27. Dezember 1875, Sirey 76 I. 97.

[49]) Vgl. namentlich Rousseau Nr. 157 f., Legris Nr. 82 f.

Digitized by Google

unrichtig: die légitime défense giebt kein Recht zu einem Civildelikt bezüglich der Briefe; aber ein anderer Grund rechtfertigt die Entscheidung: der Zweck der Vorlegung; die Briefe des Patienten stehen der ärztlichen Prüfung zur Konstatirung des Geisteszustandes offen; sofern daher dieser Geisteszustand im Prozeß in Betracht kommt, ist auch eine Vorlegung zur ärztlichen Prüfung statthaft — natürlich nur eine Vorlegung der vom Patienten selbst herrührenden, nicht der an ihn gerichteten Briefe.

So wurden ferner im Einklang mit den entwickelten Grundsätzen Briefe zurückgewiesen, die Jemand vom Empfänger zur Verwahrung oder zur bloßen vertraulichen Einsicht bekommen hatte. Die Benutzung eines solchen Schriftstückes außerhalb des gestatteten Zweckes ist, wie oben (S. 128 f.) ausgeführt, nicht nur eine Indiskretion, sondern auch eine Rechtswidrigkeit, für die eine civilistische Haftung begründet ist. Sie darf mithin im Gericht nicht zugelassen werden. Vgl. Kassationshof v. 12. Juni 1823, Sirey 23 I. p. 394 (auch in Dalloz, Répert. alphab. v. Paternité nr. 621); Appellhof Aix v. 5. Juni 1852 (Sirey 53 II. p. 193); Appellhof Orléans v. 13. März 1857 (Sirey 58 II. p. 270); Kassationshof v. 5. Mai 1858 (Sirey 358 I. p. 535).

Ferner wurde es zurückgewiesen, als der Ehemann einen Brief, den seine verstorbene Frau von ihrer intimen Freundin erhalten hatte, dem Gegner dieser intimen Freundin zur Benutzung im Prozesse auslieferte: das war eine Verletzung des Respekts, den man dem Willen der Verstorbenen schuldete; ihre Freundeskorrespondenz soll nicht gegen die Freundin ausgebeutet werden: es ist Rechtswidrigkeit des Mannes, den Brief zu diesem Zwecke zu geben, und Rechtswidrigkeit des Prozeßgegners, einen so erworbenen Brief benutzen zu wollen. So Appellhof Nancy vom 11. März 1869, Sirey 69 II. p. 113.[49a])

[49a]) Unrichtig Appellhof Paris 4. Dezember 1889, Pataille 1891 p. 124. Dem Beklagten war ein an den Kläger gerichtetes Schreiben zugekommen; er öffnete es im guten Glauben und fand darin einen Beweis von unerlaubter Konkurrenz. Daraufhin ließ er den Brief photographiren, sandte ihn an den Adressaten und legte die Photographie dem Gericht vor. Das wurde zugelassen — mit Unrecht; allerdings handelt es sich um einen Fall von concurrence déloyale und hier nahm man an: Minen und Gegenminen. Aber es ist doch unrichtig:

Digitized by Google

§. 8.

Eine Strafverfolgung findet in den gedachten Fällen bei uns nur statt, sofern sich die Art der Erlangung des Geheimnisses als ein Delikt darstellt. Ausnahmsweise ist das Thun an sich strafbar, wenn eine Dienstwidrigkeit mit unterläuft. Strafbar ist es, wenn ein Telegraphenbeamter vom Inhalt des Telegramms Andern Kenntniß giebt, oder Andern eine Kenntnißnahme gestattet, oder hierzu Hilfe leistet (§. 355 R.-St.-G.-B.).

Hier ist der Telegraphenbeamte strafbar; nicht strafbar ist, wer den Verrath des Telegraphenbeamten für sich ausbeutet: er begeht nur ein Civildelikt. Weiter geht der New York Penal Code §. 641; denn er erklärt auch den für strafbar, der auf solche Weise sich Kenntniß verschafft.

Vielfach geht aber die moderne Strafgesetzgebung über den vom deutschen Gesetze angenommenen Standpunkt hinaus und läßt eine Bestrafung gegen Jeden eintreten, der sich auf widerrechtliche Weise in die Kenntniß fremder Briefe setzt; so insbesondere das neuere italienische Strafgesetzbuch a. 159. Denn hiernach ist nicht nur strafbar chiunque apre indebitamente una lettera, un telegramma od un piego chiuso a lui non diretto,

sondern auch wer: indebitamente s'impossessa di una corrispondenza epistolare o telegrafica altrui, che non sia chiusa, per conoscerne il contenuto.

Daher würden also auch die oben bezeichneten Fälle der Eröffnung eines Schrankes, oder der Fall, wo man dem Schlafenden die Brieftasche herausnimmt und die Briefe liest, strafbar sein.

Auch hier betrachtet es das Gesetz als eine Erschwerung, wenn man den Inhalt veröffentlicht und dadurch den Träger des Briefes schädigt; dann kann die Strafe auf reclusione bis zu 3 Jahren ansteigen (a. 159).

Aehnliches gilt unter dem spanischen Strafgesetzbuch a. 512, welches bestimmt: El que para descubrir los secretos de otro se

dieser Grundsatz darf im Geschäftsleben nicht durchgreifen; höchstens ließe sich sagen, daß im Strafverfahren ein Brieferöffnungsrecht des Richters besteht und daß bei einer actio doli, bei einem Civildelikt, die Anwendung gewisser Sätze des Strafverfahrens, angemessen sei. Allein man läuft hier auf einer recht schiefen Ebene.

Digitized by Google

apoderare de sus papeles ó cartas y divulgare aquellos, será castigado con las penas de prision . . . . . y multa de . . . . .

Findet eine Veröffentlichung nicht statt, so ist die Strafe geringer.

Ebenso bestraft das ungarische Strafgesetzbuch §. 327, wer sich in den Besitz von Briefen oder telegraphischen Depeschen, die, wenn auch nicht versiegelt, doch an einen Anderen gerichtet sind, zu dem Behufe setzt, um deren Inhalt zu erfahren. Wer das so erlangte Geheimniß veröffentlicht oder zum Nachtheil des Absenders oder Briefempfängers ausnutzt, erfährt gesteigerte Strafe.

Ebenso das neue brasilianische Strafgesetzbuch vom 11. Oktober 1890 a. 189: apossar-se de correspondencia epistolar ou telegraphica alheia.

Im Falle der Veröffentlichung wird die Strafe um ein Drittel vermehrt.

Auch das ehemalige badische Strafgesetzbuch, §. 545, bestrafte, wer „offener Briefe oder anderer Urkunden mittelst Gewalt oder List sich bemächtigt", sofern dies geschieht, um unbefugter Weise zur Kenntniß des Inhalts zu gelangen; die Strafe war Geldstrafe und, falls die Absicht, dem Anderen zu schaden, oder sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, obwaltete und ganz oder theilweise erreicht wurde, Gefängnißstrafe. Auch Hessen, a. 410, bestrafte, wer sich, um unbefugter Weise zur Kenntniß des Inhalts zu gelangen, offener Briefe oder Urkunden unbefugter Weise durch Gewalt oder List bemächtigte; ebenso Nassau a. 404; Altenburg, a. 324 bestrafte überhaupt „das Eindringen in fremde Geheimnisse auf unerlaubte Weise". Bei der Berathung des preußischen Strafgesetzbuches ist eine ähnliche Erweiterung, wie in Baden, Nassau und Hessen, ausdrücklich abgelehnt worden.[50])

In Frankreich wird der a. 378, der den Geheimnißverrath bei allen Personen verpönt, die par état on profession dépositaires anvertrauter Geheimnisse sind, auch auf den Fall bezogen, daß ein Postbeamter über Briefe, die bei der Post eingelaufen sind, über Postkarten und dergl. Mittheilungen macht, Kass. Hof. 21. No-

[50]) Vgl. Goltdammer, Materialien II. S. 625.

Digitized by Google

vember 1874 Sirey 75 I. p. 89.[51]) Bezüglich des spanischen a. 379 vgl. oben Note 8a.

§. 9.

In Ehescheidungssachen pflegen die französischen und belgischen Gerichte weniger heikel zu sein;[52]) allein auch hier muß aufrecht erhalten werden, daß Niemand Briefe vorlegen darf, die er sich durch Rechtswidrigkeit verschafft hat.[53]) Wohl aber ist zu sagen, daß in dieser Sphäre eine Art der Erlangung von Briefen vielfach nicht widerrechtlich ist, die in sonstigen Fällen sich als Unrecht darstellen würde. So ist es, wie noch unten darzustellen, ein Recht des Ehemannes, sich in den Besitz der Korrespondenz der Ehefrau zu setzen und sie zu erbrechen. Daraus folgt nicht, daß er diese Briefe bestimmungswidrig Dritten mittheilen dürfte; aber die Vorlegung vor Gericht ist nicht bestimmungswidrig: sie erfolgt, um die zerrütteten ehelichen Verhältnisse zur loyalen, gesellschaftsmäßigen Lösung zu bringen, und dazu darf das Autoritätsrecht dienen. Das Gleiche muß auch gelten, wenn es sich um eine Verleugnungsklage handelt: denn auch sie will die Wirren eines ungeregelten Lebens ausgleichen.

Aus diesem Grunde muß es dem Manne gestattet sein, Briefe vorzulegen, deren Erlangung bei einem Andern, wenn nicht ein allgemeines Unrecht, so doch ein Civildelikt in Bezug auf das Briefgeheimniß darstellen würde; es muß ihm gestattet sein: denn was sonst unberechtigte Vergewaltigung der Persönlichkeit wäre, das ist Geltendmachung der berechtigten Herrschaftsrechte über die Frau. Allerdings darf dieses Recht nicht ausarten bis zur Begehung eines allgemeinen Delikts, wie Bestechung oder Diebstahl;[53a]) aber was an einer Handlungsweise nur durch den Eingriff in die Persönlichkeit seinen Stachel bekommt, das wird durch das autoritative Persönlichkeitsrecht sanktionirt.

So hat man es zugelassen, daß der Ehemann einen von seiner Frau geschriebenen Brief öffnete und vor Gericht vorlegte, Appellhof Nîmes v. 6. Januar 1880, Dalloz 80 II. p. 191; ja, der

[51]) Vgl. Tissier p. 41.

[52]) Vgl. Rousseau Nr. 146 f., Legris Nr. 108 ff.; Appellhof Bordeaux 13. Januar 1879, Sirey 79 II S. 108.

[53]) Vgl. auf Laurent, principes de droit civil II. Nr. 201 f.; aber auch Demolombe IV Nr. 394. [53a]) Auch nicht des Deliktes des §. 133 St.G.B.

Digitized by Google

Kassationshof v. 9. Juni 1883, Dalloz 84 I. p. 89, hat einen Brief zugelassen, den der Mann dem Komplizen der Frau abgekauft hatte — das ist allerdings die äußerste Grenze. Noch mehr mußte gestattet werden, Briefe vorzulegen, die dem Ehemann aus Irrthum abgegeben worden waren; so Appelhof Algier v. 12. November 1866, Sirey 67 II. p. 152 (in einer Verleugnungssache).

Briefe, die durch (allgemeines) Delikt erworben, wurden dagegen ausgeschlossen; vgl. Kassationshof v. 15. Juli 1885, Dalloz 86 I. p. 145.

Der Ehefrau steht ein Recht der Brieferöffnung gegen den Ehemann nicht zu; es steht ihr auch nicht zu, die Schränke und Repositorien des Mannes zu öffnen, um nach Briefen zu spähen: das wäre ein schwerer Eingriff in die dem Ehemann zustehende Autorität und Obmacht; auch ein Durchwühlen der Repositorien, die der Mann aus Versehen unverschlossen ließ, wäre ein schwerer Frevel, und ein auf solche Weise erlangter Brief wäre gerichtlich abzulehnen; vgl. Appelhof Paris 11. Juni 1875, Sirey 75 II. S. 200.

Dagegen ist es kein Delikt, wenn die Frau von Briefen Kenntniß nimmt, die sie (unverschlossen) in einem gemeinsamen Möbel oder in den Kleidungsstücken des Mannes findet. Ein Delikt wäre es allerdings, wollte Jemand die auf solche Weise erlangten Briefe zu sonstigen Zwecken verwenden; thut es aber die Frau, um eheliche Wirren zu einem legalen Abschlusse zu bringen, so muß man sagen: wenn die sonstigen vertraulichen Verhältnisse des Hauses vor Gericht gebracht werden dürfen, um ein Bild des häuslichen Zusammenlebens mit allen seinen Mißhelligkeiten und Zerwürfnissen zu geben, so darf es auch die im Gange der häuslichen Geschäfte erlangte Korrespondenz des Mannes. Die Frau steht zu den Briefen des Mannes anders, als ein Dienstbote, und der Eheprozeß ist auf Heimlichkeiten angelegt.

So Appellhof Rouen v. 13. November 1878, Dalloz 80 II. p. 191: es wurden Briefe zugelassen, welche die Frau in einem gemeinsamen Möbel gefunden; so neuerdings der Kassationshof v. 25. März 1890, Sirey 90 I. p. 168: die Frau hatte den gravirenden Brief in den Kleidern des Mannes gefunden; der Kassationshof erklärte hierüber:

que L., en laissant imprudemment dans son vêtement qui n'était pas enfermé, une pièce compromettante, ne peut s'en

Digitized by Google

prendre qu'à lui-même si, par un hasard qui n'a rien de dolosif ou de délictueux, elle est tombée entre les mains de sa femme, comme elle aurait pu tomber entre celles de ses domestiques; qu'on peut même voir dans la négligence du mari à mettre cette pièce à l'abri des indiscrétions une sorte de bravade et de mépris de l'opinion que pourraient concevoir ceux entre les mains de qui elle pourrait tomber.

Diese Ausführung enthält eine unwillkürliche Ironie: unvorsichtiger Ehemann, wie konntest Du in Deinem Leichtsinn soweit gehen, nicht das Geheimniß besser zu wahren!

Ebenso wurde es mit Recht der Ehefrau gestattet, Briefe vorzulegen, die sie als Handelsgehilfin in Vertretung des Mannes unter der kaufmännischen Korrespondenz erhalten und geöffnet hatte; so Kassationshof v. 11. Juni 1888, Dalloz 88 I. p. 477.

Man vergleiche noch über diese Fragen die sonstige, in mancher Beziehung tastende, aber nach der richtigen Seite neigende französische und belgische Jurisprudenz; so Appellhof Besançon vom 20. Februar 1860, Sirey 60 II. p. 230; Paris v. 22. Februar 1860, Sirey 60 II. p. 231; Appellhof Dijon v. 11. Mai 1870, Dalloz 71 V. p. 238; Appellhof Brüssel v. 28. April 1875, Sirey 76 II. p. 25; Brüssel v. 30. Juni 1881, Sirey 82 IV. p. 28; Appellhof Gent v. 21. Mai 1884, Dalloz 85 II. p. 101; Tribunal Hasselt v. 26. Juli 1888, Arch. f. bürg. Recht VI. S. 149 (aus Pasicrisie Belge); Tribunal S. Mihiel v. 29. Juni 1887, Pataille 92 p. 280.

§. 10.

Das Recht des Schutzes gegen den Bruch des Briefgeheimnisses ist ein Ausfluß des Individualrechts. Daraus geht hervor:

Niemand kann auf den Schutz des Briefgeheimnisses in dem Sinne verzichten, daß nunmehr ein Dritter in unwiderruflicher Weise berechtigt wäre, seine Korrespondenz zu öffnen und zu verbreiten. Wohl aber ist es gestattet, einen Anderen zu seinem Vertreter in der Ausübung der Brieferöffnung und -verbreitung zu ernennen, zu seinem Vertreter in dem Sinne, daß der Vertreter in seiner Diskretion steht und jeden Moment enthoben werden darf. So wenn z. B. Jemand einen Vertreter zurückläßt, um während seiner Abwesenheit die ankommenden Briefe zu eröffnen: ein solcher Vertreter

Digitized by Google

ist Vertreter und nicht Rechtsnachfolger und kann jederzeit dieses Rechtes entkleidet werden.

Jedermann hat das Recht, einen Stellvertreter für die Brieferöffnung zu ernennen, und dieses Recht kann ihm nicht verkümmert werden. Eine Klausel etwa auf dem Kouvert des Briefes: „Dieser Brief darf nur vom Adressaten persönlich erbrochen werden," wäre nichtig; sie wäre nichtig juristisch — faktisch könnte sie immerhin den Brief als sehr vertraulich charakterisiren und auf solche Weise, wenn im Stellvertretungsakte Ausnahmen gemacht sind, den Fall unter die Ausnahmen stellen; aber nur kraft der Klausel des Stellvertretungsaktes, nicht kraft des Bestimmungsrechts des Absenders.

Daraus ergiebt sich von selbst: das Antragsrecht gegen den unbefugten Brieferbrecher kann, wenn die Erbrechung nach Uebergabe des Briefes an den Adressaten erfolgt ist, nur dem Adressaten zustehen; denn dieser hat es ja in seiner Hand, einen Stellvertreter zu ernennen; und wenn er den Brieferbrecher nachträglich als Stellvertreter behandeln will, so hat ihm Niemand etwas darein zu reden. Ein Antragsrecht des Absenders in diesem Falle wäre ganz den Verhältnissen widersprechend; es wäre das ebenso, als wollte man das Antragsrecht wegen Sachbeschädigung dem Absender geben, wenn die Sachbeschädigung nach Uebergabe der Sache an den Adressaten erfolgt ist. Und wenn man sagt, der Absender habe doch auch ein Interesse an der Geheimhaltung, so vergißt man, daß dieses Interesse nicht soweit zum Recht erhoben werden kann, daß hierdurch das freie Bestimmungsrecht des Adressaten über die Brieferbrechung und die dafür eingesetzte Person beschränkt würde.

Ganz ebenso verhält es sich umgekehrt mit dem Antragsrechte des Absenders, falls der Brief eröffnet worden ist, bevor er zum Adressaten kam: der Adressat hat nicht hinein zu reden, wenn der Absender dem widerrechtlichen Eröffner Verzeihung geben oder gar die Brieferöffnung sanktioniren oder legalisiren will.

Soeben ist von der Stellvertretung im Brieferöffnungsrechte die Rede gewesen; die Stellvertretung kann auch eine einstweilige Vertretung durch einen negotiorum gestor sein, sobald sich ein Interesse des Adressaten an der alsbaldigen Eröffnung ergiebt, und der Adressat nicht in der Lage ist, für seine Angelegenheiten zu sorgen. Man

Digitized by Google

denke: der Adressat ist gefährlich krank, er ist abwesend, und es kommt ein als eilig bezeichneter Brief; oder der Adressat ist vor wenigen Stunden vom Hotel abgereist und es kommt ein Brief an, der für seinen ganzen Reiseplan von Wichtigkeit sein wird; man kann den Brief nicht nachsenden, man kann nur telegraphiren, und ein Freund ist im Hotel geblieben, der das besorgen kann. Dies sind Fälle, wo der redliche gestor im Recht ist, wenn er den Brief eröffnet; denn die gestio hat, wie ich anderwärts ausgeführt habe,[53]) nicht nur die Bedeutung des Kostenersatzes, sondern auch die Bedeutung der Rechtfertigung des gestor, der für seine Gestionsthat weder wegen Sachbeschädigung, noch wegen Hausfriedensbruchs, noch wegen unerlaubter Brieferbrechung haftbar sein kann. Der redliche gestor trägt die Anerkennung des Rechts auf der Stirne.

So weit die Stellvertretung. Eine Uebertragung des Individualrechts an Briefen gilt nur ausnahmsweise, sofern unsere Kultur eine Uebertragung der Persönlichkeit gestattet. So bei Uebertragung des Geschäfts: dadurch kann nicht das ganze Persönlichkeitsrecht, aber doch das Persönlichkeitsrecht nach gewisser Richtung übergehen, entsprechend auch Name und Firma. Hier kann bestimmt werden, daß alle das Geschäft betreffenden Korrespondenzen, wenn sie auch an den früheren Geschäftsherrn gerichtet sind, dem Nachfolger zukommen; und ein solcher Vertrag ist implicite gegeben, wenn das Geschäft mit Firma übertragen ist; dies gilt bezüglich aller Briefe, die an die Firma gerichtet sind, sei es durch ausdrückliche Adressirung oder in einer die Firma unzweifelhaft bezeichnenden Weise.[54])

Hier können Zweifel entstehen, und diese Zweifel können wie in anderen Streitfällen gelöst werden, wovon nunmehr zu handeln ist.

Denn noch ist von dem Falle des Individualitätszweifels zu sprechen. Nicht jeder Zweifel kann die Brieferöffnung zu einer unberechtigten machen, sofern der Eröffnende nur genügende redliche Gründe hat,

---

[53]) Gerichtssaal Bd. 47 S. 60.

[54]) Vgl. Tissier p. 38 f. Vgl. auch OLG. Karlsruhe, 3. Februar 1885 und Reichsgericht 13. November 1885 in Zeitschr. f. franz. Civ.-Recht XVI. S. 548 f. 552 f. und in Aus dem Patent- und Industrierecht I. S. 94.

Digitized by Google

anzunehmen, daß der Brief für ihn bestimmt ist. Im Falle unlöslichen Zweifels kann durch Uebereinkunft oder durch richterliche Entscheidung und einstweilige Verfügung geholfen werden. Die Uebereinkunft ist bindend vorbehaltlich des Rücktritts; sie ist wirksam, denn auch die Bevollmächtigung ist wirksam; sie hat allerdings nicht den Sinn einer vollen Vertretung, sondern nur den Sinn, daß der Betreffende auch auf die unlöslichen Zweifel hin den Brief erbrechen und von ihm soweit Kenntniß nehmen darf, als nöthig, um sich zu verlässigen, ob er ihm gehört; hat er sich vom Gegentheil überzeugt, so soll er die Kenntnißnahme nicht weiter führen. Es können auch Kautelen verschiedener Art getroffen werden.

Kommt keine Uebereinkunft zu Stande, so kann für solche zweifelhaften Fälle ein Richterspruch in die Zukunft oder auch eine einstweilige Verfügung für den einzelnen Fall begehrt werden. Die Entscheidung hat den Charakter einer Grenzregulirung auf dem Gebiete des Individualitätsrechts; sie hat ex aequo et bono zu erfolgen; sie kann auch einen Vertrauensmann bezeichnen, der den Brief erbrechen, vorläufig zur Kenntniß nehmen und der richtigen Person ausliefern soll.

Die richterliche Entscheidung ist auch für die Postanstalt bindend, sofern nach dieser Entscheidung nicht nur der Brief eröffnet, sondern auch zugestellt werden soll; denn die postalische Pflicht geht dahin, den Brief an die richtige Person abzuliefern, und die richtige Person ist, wo zwischen zwei Personen Zweifel obwalten, die vom Gericht bezeichnete. Vgl. Kassationshof 10. April 1866 (Sirey 66 I. p. 251); Appellhof Amiens, 26. Januar 1869 (Sirey 69 II. p. 333); Appellhof Paris 26. April 1881, Seinetribunal 15. Januar 1887, Kassationshof 22. Mai 1889, Pataille 82 p. 192; 91 p. 314, 302; sowie die bei Pataille, 92 p. 269 zitirten weiteren Entscheidungen; sodann die Entscheidungen unter Note 54.

Das gilt für die öffentliche Post, wie für die privaten Postanstalten, denn beide tragen in gleicher Weise eine öffentliche Pflicht.[55])

§. 11.

Ist das Individualrecht beschränkt, so kann auch das Briefrecht beschränkt sein und ein Dritter das Recht haben, Briefe zu eröffnen und ihren Inhalt in legaler Weise zu berücksichtigen.

[55]) Vgl. Abh. im Archiv für bürgerl. Recht Bd. VI S. 338.

Digitized by Google

Die Beschränkungen können doppelter Art sein. Sie können beruhen auf der besonderen Beziehung von Person zu Person, also auf dem Personenrecht, welches das Individualrecht des Individuums durchbricht.[56]) Sie können aber auch beruhen auf dem Ueberrechte des Staates, das sich im Strafverfahren zeigt und im Civilexekutionsrecht — hier allerdings nur in der einen Form, im Konkursrecht.

Die Rechte ersterer Art sind familienrechtliche oder vormundschaftliche; familienrechtliche, beruhend auf der elterlichen oder eheherrlichen Gewalt; vormundschaftliche, beruhend auf Vormunds- oder Pflegschaftsrechten.

Die Eltern haben ein Brieferöffnungsrecht auf solange, als die elterliche Gewalt dauert, jedoch so, daß es die Zeit der Minderjährigkeit nicht übersteigen darf; denn, bleiben auch die volljährigen Kinder in der Familiengemeinschaft, so ist dies nur eine Gemeinschaft, bei welcher dem parens die Regierungsrechte des Hauses, aber nicht die Herrschaftsrechte über die individuellen Beziehungen der Einzelnen zustehen: die Zeit der Erziehung ist aus.

Das elterliche Eröffnungsrecht ist ein Korrelat des Erziehungsrechts; die Ueberwachung der Korrespondenz gehört zur Erziehung, wie die Ueberwachung des Umgangs; ja sie ist noch wichtiger, da eine im Geheimen wuchernde Korrespondenz durch ihre Nachhaltigkeit viel größeres Unheil anrichten kann, als ein persönlicher Umgang, der schon der Natur der Sache nach gewissen Schranken unterworfen ist. Vgl. auch Kassationshof 26. Juli 1870 Dalloz 71 I S. 217.

Ohne das Brieferöffnungsrecht ist eine Fernhaltung ungeeigneter Einflüsse, eine rechtzeitige Warnung und Bestrafung, überhaupt ein elterliches Einschreiten in vielen Fällen gar nicht denkbar; muß der Vater das Söhnchen erst um Erlaubniß fragen, ob er in seine Briefe hineinsehen darf, so muß er schließlich auch um Erlaubniß fragen, wenn er ihn wegen seines Umganges zur Rede stellt oder über seine Geldausgaben Rechenschaft haben will. Man nehme doch dem Erziehungsrecht nicht seinen Nerv und seine Kraft.

Das Recht bezieht sich auf die an das Kind gerichtete, und auf

[56]) Ueber das Wesen dieses Personenrechts vergleiche meine Abhandl. in Grünhuts Z. XIV. S. 4 f.

Digitized by Google

die vom Kinde geschriebenen Briefe. Der Vater ist auch berechtigt, die noch nicht zur Post gegebenen Briefe seines Sohnes zu öffnen und von ihnen Kenntniß zu nehmen; hier kann die Kenntnißnahme bisweilen noch wichtiger sein als im anderen Falle.

Er ist nicht nur berechtigt, solche Briefe zu eröffnen, sondern auch sie zurückzuhalten und dem Verkehr zu entziehen; er ist in thesi auch berechtigt, sie von der Post zurückzufordern, sofern nicht die Schwierigkeiten des postalischen Brief- und „Geheimniß"verkehrs dem im Wege stehen.

Das Brieferöffnungsrecht des parens ist in der französischen Jurisprudenz anerkannt.[57]) Man fragt nur, ob nicht ausnahmsweise ein richterliches Einschreiten gestattet ist, wenn etwa ein verkommener, verwahrloster Vater dieses Recht gegenüber einem braven Sohne mißbrauchen will. Es wird Sache einer oberen Erziehungsgewalt sein, in solchen Sonderfällen Maß zu geben. Vgl. Kass. Hof 12. Juli 1870 Dalloz I. S. 218.

Eine Ausnahme gilt nur, wo das Erziehungsrecht cessirt. Dieses cessirt nicht, wo es sich um die Verwaltung des Vermögens handelt, das der väterlichen Gewalt entzogen ist; denn immerhin können hierbei persönliche, erziehliche Momente mit in Betracht kommen. Wie, wenn etwa der Hausjohn solches Vermögen einer Maitresse zuwenden wollte?

Dagegen cessirt das Erziehungsrecht, sofern der Sohn in amtlicher Stellung steht und Amtsgeschäfte zu besorgen hat: in diese Amtsgeschäfte hat der Vater nicht hineinzureden; er hat nur insofern eine Stimme, als es sich darum handelt, den Sohn dem Amte zu entziehen oder ihn zur Tüchtigkeit, zu Eifer und zu Arbeit anzuhalten. Daher wäre immerhin ein solches Recht gegeben, wenn es sich um ein amtliches Schriftstück handelt, das den Sohn ernennt, befördert, tadelt, zurücksetzt, m. a. W. um eines der oben charakterisirten Schriftstücke, die in das Eigenthum des Beamten übergehen. Dagegen wäre es ihm nicht gegeben bezüglich aller Schriftstücke, die dem Sohne als Beamten in seinem amtlichen Dienste gelten. Das würde zudem noch mit dem Amtsgeheimniß und der Wahrung der

[57]) Rousseau Nr. 136, Tissier p. 46 f.; Demolombe IV. Nr. 301 bis (p. 232); Legris p. 84 f. Vgl. besonders Appellhof Caen vom 11. Juli 1866, Sirey 67 II. S. 151; auch Impallomeni, Codice penale Italiano II. p. 142.

Digitized by Google

Dienstheiligkeit im Widerspruche stehen. Ein Brieferöffnungsrecht wäre darum nur vorhanden, wenn der Vater bei einem Dienstbriefe keinen Zweifel hätte, daß es ein Brief ersterer Art wäre.

Daß der Vormund das Brieferöffnungsrecht hat, versteht sich von selbst, ebenso aber auch derjenige, dem ein Minderjähriger in Pflege und Erziehung gegeben ist; so insbesondere der Vorstand einer Pensionsanstalt: eine Erziehung ohne Briefkontrole wäre eine Halbheit. Allerdings mit einer Ausnahme: rührt der Brief zweifellos vom Vater oder Vormund her, so hat der Erzieher kein Recht, ihn zu erbrechen, denn er hat nicht das Recht, sich zwischen Kind und Vater zu setzen; und ebenso wenn der Brief an Vater oder Vormund gerichtet ist.

In gleicher Weise wird man auch eine Briefkontrole des Vorstandes einer Irrenanstalt statuiren müssen, sofern es sich um eine wirkliche Irrenanstalt, nicht um eine bloße Nervenpflege handelt. Eine Ausnahme muß aber gelten für Briefe, die von dem Patienten an öffentliche Behörden gerichtet sind; die öffentliche Aufsicht darf nicht verkümmert werden, und sie verlangt die Möglichkeit des freien Aussprechens von Seiten des Patienten, vorbehaltlich des Gewichts, welches die Behörde seiner Aussage beilegt.

Die englische Lunacy Act von 1890 s. 41 besagt denn auch in dieser Beziehung: The manager of every institution for lunatics, and every person having charge of a single patient, shall forward unopened all letters written by any patient and addressed to the Lord Chancellor or any Judge in Lunacy, or to a Secretary of State, or to the Commissioners, or any Commissioner, or to the person who signed the order for the reception of the patient, or on whose petition such order was made, or to the Chancery Visitors or any Chancery Visitor or to any other visitors or visitor or to the visiting committee, or any member of the visiting committee of the institution, in which any patient writing such letters may be, and may also at his discretion forward to its address any other letter if written by a private patient.

Aehnlich, wenn auch beschränkender, die Statuten von Massachusetts ch. 87 s. 36: All patients in any lunatic hospital, asylum, or receptacle for the insane shall be allowed to write monthly

Digitized by Google

to the superintendent and to the state board; and they stall be furnished by the superintendent with all materials necessary for such correspondence . . . .

Die Irrenanstalt kann Briefe an die Patienten, die sie für ungeeignet hält, zurückbehalten; sie hat sie in solchem Falle entweder zurückzusenden, oder dem Patienten für die Zukunft aufzubewahren. Das steht in ihrem Ermessen. Briefe der Patienten, die sie für ungeeignet hält, hat sie zu bewahren; sie hat sie zu bewahren als fremdes Eigenthum und als fremde Individualäußerung. Bezüglich der Möglichkeit der Vorlegung vor Gericht ist bereits oben (S. 132) das Entsprechende bemerkt worden.

Von besonderer Bedeutung ist das Brieferöffnungsrecht des Ehemannes; dieses besteht unbedingt, solange die Ehegatten nicht in (mindestens faktischer) Trennung leben; die Gemeinsamkeit des Lebens bedingt es, daß dem Eheoberhaupt der volle Einblick in alle Beziehungen der Frau gewährt werden muß: er hat das Recht, alle das Eheleben störenden Einflüsse abzuwenden, er ist der Wahrer der Würde des Hauses und ihn trifft es mit, wenn die Ehre des Hauses einen Makel erfährt. Ist eine, wenn auch nur faktische Trennung eingetreten, so steht dem Ehemann eine gleiche Stellung nicht mehr zu; die intimeren Lebensbeziehungen haben aufgehört, das Interesse ist gelockert und die moralische Verantwortung des Mannes für des Hauses Frieden erstreckt sich nicht mehr auf die Verhältnisse der Frau, oder mindestens nur in loserer Weise.

Daß ein solches Brieferöffnungsrecht mißbraucht werden kann, daß es unerträglich werden kann, wenn der Mann die Frau mit Eifersuchtsscenen verfolgt, ist sicher; aber das sind Tücken des ehelichen Lebens, denen kein Recht abhelfen kann, solange das Band nicht reißt; und schließlich kann durch faktische Trennung dem Schlimmsten abgeholfen werden.

Das Brieferöffnungsrecht des Ehemannes wird in der französischen Litteratur[58]) und Jurisprudenz ziemlich allgemein anerkannt.

Ausdrücklich ist es (ebenso wie das Brieferöffnungsrecht des

[58]) Vgl. Demolombe, IV. Nr. 87 bis (p. 105 f.); Rousseau Nr. 140 f.; Tissier p. 48 f.; Legris Nr. 69 f. Vgl. Appellhof Brüssel vom 28. April 1875, Dalloz 76 II. S. 25 und Sirey 77 II. p. 161; Nimes vom 6. Januar 1880, Dalloz 80 II. S. 191; weitere Citate in Pataille 92 S. 276.

Digitized by Google

Vaters und Vormundes) im spanischen Strafgesetzbuch a. 512 ausgesprochen.

Esta disposicion (nämlich Strafe der Brief„bemächtigung") no es aplicable á los maridos, padres, tutores ó quienes hagan sus veces, en cuanto ó los papeles ó cartas de sus mujeres, hijos ó menores que se hallen bajo su dependencia.

So auch neuerdings die englische Post office Act. v. 1891 (54. 55 Vict. c. 46), die zuerst die Strafe der Brieferbrechung auf Private ausgedehnt hat: Nothing in this section shall apply to a person who does any act to which this section applies where he is parent or in the position of a parent or guardian of the person to whom the letter is addressed.

In Deutschland drückt sich das sächsische O.-A.-G. vom 30. November 1874 (Stenglein, Z. f. Gerichtspraxis V. S. 153) sehr reservirt aus. Doch lag ein Fall vor, wo die Ehegatten faktisch getrennt waren, und da war der Zweifel berechtigt.

Dagegen hat das Preuß. Obertribunal vom 21. Oktober 1858 (Goltdammer Archiv VII. S. 118) ausgesprochen, daß der Ehemann im speziellen Falle befugt gewesen sei, den in Rede stehenden Brief seiner Ehefrau zu eröffnen, „daß dies schon aus den Rechten des Ehemannes als Hausherrn, insbesondere aber aus den ihm vermöge der ehelichen Gewalt oder Voigtschaft über die Ehefrau zustehenden Rechten von selbst folgt".

Allerdings handelte es sich um den Brief an einen Mann, der im Ehescheidungsprozesse des Ehebruchs beschuldigt war.

Man hat neuerdings dieses Recht in Abrede gestellt;[59]) der Widerspruch ist vielfach prinzipiell: er geht dahin, überhaupt eine eheherrliche Gewalt zu bestreiten, die Stellung von Mann und Frau in der Ehe als gleich oder als fast gleich zu betrachten, die Ehe als ein Liebesband ohne jede Machtwirkung des einen Theils gegen den anderen zu bezeichnen. Das ist die Verwechslung eines Ideales, das sich in begünstigten Verhältnissen entwickeln kann, mit der rechtlichen Gestaltung, die gerade dadurch das Ideal fördern soll, daß sie auch die menschlichen Schwachheiten und Gebrechen berücksichtigt. Was für höchstentwickelte Verhältnisse im Glanze einer erhabenen Humanität, das

[59]) Vgl. namentlich Giannini im Archivio giurid. 47 p. 621 f.

Digitized by Google

ist nicht für Jedermann. Die Ehe zu freier Liebesgemeinschaft zu gestalten, dazu sind wir noch lange nicht reif. Dagegen bedarf ein Widerspruch, der sich lediglich auf das Schweigen des Gesetzes stützt,[60]) keiner Widerlegung. Es ist nicht Sache des Strafgesetzes, sondern des Civilrechts, zu bestimmen, wer das Recht hat, den Brief zu öffnen. Das Strafgesetz sagt darum ausdrücklich: „unbefugter Weise", um dem Civilrechte die volle Freiheit zu gewähren, solche Befugnisse zu geben. Die Befugnisse des Familienrechts aber entwickeln sich aus Wesen und Idee der Familienbeziehungen von selbst und bedürfen keiner besonderen gesetzlichen Fixirung; sie sind in das Herz unserer Kulturwelt eingegraben: kein Gesetz braucht zu sagen, daß der Vater ein Erziehungs-, der Ehemann ein Autoritätsrecht hat. Eine Ausnahme besteht: ist die Frau Geschäftsfrau, so hat der Mann kein Recht auf Einblick in die Geschäftsbriefe; denn das Geschäft giebt der Frau eine selbstständige Stellung, das Recht der selbstständigen Operation und Initiative in Geschäftssachen. Allerdings kann der Ehemann sich das Brieferöffnungsrecht verschaffen, wenn er der Frau das Recht nimmt, fürder Geschäftsfrau zu sein; aber damit wäre oftmals das Briefrecht schwer erkauft. Hätte der Mann Grund zur Annahme, daß der Brief nur ein vorgespiegelter Geschäftsbrief ist, so müßte sein Eröffnungsrecht wieder erwachen, wie auch in allen Zweifelsfällen. Da nun aber die Zweifelsfälle in der Diskretion des Mannes stehen, so bleibt auch hier im Allgemeinen das Brieferöffnungsrecht; aber der Mann darf nicht frivol Zweifel ersinnen oder simuliren: er hat redlich, in gutgläubiger Weise zu handeln; in solcher Art hat die Ausnahme doch ihre Bedeutung.

Kann aber das Brieferöffnungsrecht des Ehemannes dahin führen, daß der Ehemann Briefe, die er nicht für geeignet findet, für sich bewahren darf? Im Allgemeinen gewiß nicht; der Mann hat der Frau gegenüber nicht nur eine Controlstellung, sondern auch eine Vertrauensstellung. Jedenfalls ist er gehalten, wenn der einzelne Brief ausnahmsweise nicht als mittheilbar erscheint, der Frau unter Aufführung der Gründe davon Notiz zu geben. Nur

[60]) Unrichtig Merkel in Holtzendorffs Handb. des Strafr. III. S. 844; Hälschner, Strafrecht II. S. 216; weitere Literatur bei Olshausen Note 5 zu §. 299.

Digitized by Google

wenn der Ehemann Grund zum Verdacht untreuer Beziehungen oder feindseliger Gesinnungen findet, handelt er dem gutgläubigen Verkehr unter Ehegatten entsprechend, wenn er einstweilen die Belege seiner Anschuldigung stillschweigend sammelt: Minen gegen Minen. Vgl. Appelhof Nimes, 6. Januar 1880, Sirey 81 II. p. 54. Mit Recht hat auch das Seinetribunal ausgesprochen, daß der Mann der Frau nicht willkürlich den Verkehr ihrer Verwandten entziehen darf, 13. Januar 1870, Sirey 70, II. p. 158: das muß auch vom Briefverkehr gelten.

Ein Brieferöffnungsrecht der Frau gegenüber dem Mann besteht nicht;[61]) sie kann natürlich Briefe eröffnen mit Willen des Mannes, sofern er sie in dieser Hinsicht als seine Stellvertreterin ernennt, und dies wird häufig stillschweigend der Fall sein; dagegen ein Recht, seine Briefe gegen seinen Willen zu öffnen, wäre ein Recht der Empörung gegen das Haupt der Familie.

Allerdings kann der stillschweigende Wille unter Umständen supplirt werden; so wenn der Mann abwesend oder krank oder gar geistesgestört ist und es sich um Korrespondenzen handelt, von denen anzunehmen ist, daß sie sich nicht beliebig verschieben lassen. Aber in solchen Fällen gelten keine anderen Regeln, als sie auch für Dritte gelten, nur daß in der häuslichen Sphäre eine solche negotiorum gestio besonders häufig und auch durch die häuslichen Verhältnisse besonders leicht gerechtfertigt sein wird.

§. 12.

Soweit das Brieferöffnungsrecht auf Grund privatrechtlicher Autoritäts-, privatrechtlicher Aufsichts- und Familienverhältnisse.

Dieses Eröffnungsrecht ist im internationalen Privatrecht nach den Grundsätzen zu behandeln, welche das Autoritäts- und Familienverhältniß regieren.

Anders, was das Eröffnungsrecht des Staates anbetrifft, das Eröffnungsrecht im Strafprozeß und im Konkurs. Es involvirt zwar auch eine Schwächung des Individualrechts, aber diese

[61]) Die Frau hier dem Manne gleichzustellen, beruht auf Verkehrung der Verhältnisse. Wenn im Hause Einer Herr sein muß, so ist es nicht die Frau; zwei Herren gegenseitig sind unerträglich.

Digitized by Google

Schwächung ist indirekt, sie ist durch den Uebergriff der Obmacht der Staatsgewalt von selbst gegeben, und ihr unterliegt daher, wer immer der Obmacht des Staates untersteht. Darum unterliegt ihr eine jede Person, die dem inländischen Konkurse unterworfen werden kann, wie jede Person, gegen die von der Inlandsgewalt aus eine Strafverfolgung stattfinden darf.

Die nähere Darstellung der staatlichen Brieferöffnung, ihrer Bedingungen und ihrer Formen, ist Sache der betreffenden Disziplinen.[62]) Hier genügt es, diese wichtige Lehre in den Zusammenhang mit dem Briefrecht gestellt und in ihrer inneren Beziehung zu diesem Briefrecht aufgewiesen zu haben.

[62]) Für das Konkursrecht vgl. mein Lehrbuch des Konkursrechts S. 310.

Abgekürzt citirte französische Spruchsammlungen sind:

Sirey, Recueil général des lois et des arrêts;

Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine;

Pataille, Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire.

Digitized by Google

5.

Hat der Eigenthümer einen Anspruch auf Schutz gegen Vervielfältigung eines ihm gehörigen Schrift- oder Kunstwerks?

Von Dr. O. Bähr.

Diesem Aufsatze liegt ein Gutachten zu Grunde, das der Verfasser auf folgende Veranlassung erstattet hat.

Unter den im Verlage von S. Hirzel zu Leipzig erscheinenden „Publikationen aus den Königlich Preußischen Staatsarchiven" war ein Werk „Memoiren und Tagebücher von Henri de Catt" im französischen Originaltexte mit berichtigenden und erläuternden Anmerkungen von A. Koser herausgegeben. Bald darauf wurde eine Uebersetzung dieses Werkes veranstaltet, die ein anderer Buchhändler, jedoch ohne die Anmerkungen, herausgab. Die Firma Hirzel erhob gegen diesen Buchhändler Klage wegen Nachdrucks, wurde aber damit zurückgewiesen, weil dem von ihr verlegten Werke ein gesetzlicher Schutz nicht zur Seite stehe. In Folge hiervon wurde von der Königlichen Verwaltung der Staatsarchive die Frage angeregt, ob nicht in unserer Gesetzgebung eine Lücke sei, indem darin ein Schutz für den Herausgeber solcher bisher noch nicht erschienenen, an sich nicht mehr schutzberechtigten Schriftwerke fehle. Auch von anderer Seite war diese Frage schon angeregt worden. Der Börsenverein der deutschen Buchhändler hatte sich gleichfalls für die Einführung eines solchen Schutzes zu Gunsten der Veranstalter kritischer und instruktiver Ausgaben älterer, nicht mehr geschützter, insbesondere handschriftlicher Werke erklärt. Der Verein deutscher Musikalienhändler hatte auf den Mißstand

Digitized by Google

hingewiesen, der in der Schutzlosigkeit der Herausgabe älterer handschriftlicher Musikwerke liege und der namentlich bei Veranstaltung kritischer Gesammtausgaben älterer Meister, deren Werke jetzt erstmalig aus den verborgenen Schätzen deutscher und italienischer Musikarchive hervorgezogen worden, sich fühlbar mache.

Dies alles gab Veranlassung, daß im Jahre 1887 der damalige Leiter des Reichsjustizamts von einer Anzahl deutscher Rechtsgelehrten, zu denen auch der Verfasser dieses Aufsatzes gehörte, eine gutachtliche Aeußerung über die Frage forderte:

> ob und inwieweit demjenigen, welcher ein bisher ungedrucktes Werk, auf dessen Schutz Niemand mehr Anspruch zu machen hat, mit Genehmigung dessen, der über das Manuskript zu verfügen berechtigt ist, herausgiebt, ein gesetzlicher Schutz gewährt werden solle.

Da über den weiteren Verlauf dieser Angelegenheit nichts verlautet hat, nehme ich keinen Anstand, mein damals erstattetes Gutachten über diese wissenschaftlich interessante Frage nach einer nochmaligen Ueberarbeitung jetzt zu veröffentlichen.

Vorausgeschickt muß werden, daß die Frage nicht ohne eine Vorgeschichte ist. Bereits der Entwurf eines Gesetzes der früheren Deutschen Bundesversammlung vom 19. Mai 1864 enthielt in §. 10 folgende Bestimmung:

„Dem Urheber wird hinsichtlich des Schutzes gegen Nachdruck gleichgeachtet der Herausgeber bisher nicht gedruckter Schriften, deren Urheber bereits gestorben ist und die an sich gegen Nachdruck nicht geschützt sind, mögen sie literarische Erzeugnisse sein oder nicht. Von derartigen Schriften ist jedoch Dritten ein freierer Gebrauch als bei anderen durch dieses Gesetz geschützten Werken gestattet, soweit derselbe durch das Bedürfniß oder die Sitte des literarischen Verkehrs gerechtfertigt ist, so namentlich z. B. das wörtliche Abdrucken zusammen mit einem Commentar oder als Beleg der vorgetragenen eigenen Ansichten."

Diese Bestimmung ist dann in das baierische Gesetz vom 28. Juni 1865 Artikel 11 übergegangen. Im Anschluß hieran enthielt auch der erste, im Jahre 1868 dem Bundesrathe vorgelegte Entwurf eines Reichsgesetzes gegen den Nachdruck folgende Bestimmungen:

Digitized by Google

§. 2. Dem Urheber wird in Beziehung auf den durch das gegenwärtige Gesetz gewährten Schutz gleichgeachtet:

a), b), c) . . . . .

d) derjenige, welcher ein bisher ungedrucktes Werk, auf dessen Schutz gegen Nachdruck zur Zeit Niemand Anspruch zu machen berechtigt ist, mit Genehmigung des Eigenthümers des Manuskripts ganz oder theilweise herausgiebt.

In dem Falle zu littr. d kommt es dem dritten Veranstalter eines Nachdrucks gegenüber auf die Thatsache, ob die Herausgabe des Manuskripts durch den Eigenthümer desselben genehmigt worden ist, nicht an. Dagegen hat der Eigenthümer des Manuskripts, wenn er seine Genehmigung zu der Herausgabe nicht ertheilt hatte, das Recht, gegen den Herausgeber auf Entschädigung zu klagen, die Unterdrückung der Ausgabe und Abtretung der gegen den dritten Veranstalter eines Nachdrucks entstandenen Rechte zu fordern.

. . . . . .

Den Bestimmungen zu littr. d unterliegt auch der Fall, wenn das herausgegebene Werk zwar bereits gedruckt worden war, die Druckexemplare aber wegen ihrer Seltenheit oder aus anderen Gründen in literarischer Hinsicht einen ähnlichen Werth wie ungedruckte Manuskripte haben.

§. 4. Dem Nachdruck (§. 3) wird gleich geachtet:

a), b) . . . .

c) die Veröffentlichung von Berichtigungen und kritischen Bearbeitungen des Textes eines Werkes, welches an sich gegen Nachdruck nicht geschützt ist, jedoch nur insoweit, als sie für neu zu erachten sind und nur auf die Dauer von zehn Jahren seit ihrem ersten Erscheinen.

In den wesentlichen Punkten stimmten die hier vorgeschlagenen Bestimmungen mit Vorschlägen überein, die der Börsenverein deutscher Buchhändler in einem von ihm aufgestellten Entwurfe gemacht hatte. Zur Begründung war gesagt: „Der, welcher Manuskripte oder alte Drucke herausgiebt, ist nicht befugt, sie ohne Genehmigung des Eigenthümers derselben mitzutheilen. Die Erlangung dieser Genehmigung ist aber eine Privatangelegenheit zwischen dem

Digitized by Google

Herausgeber und dem Eigenthümer; sie kommt dritten Personen gegenüber nicht in Betracht. Daher erlangt selbst der Herausgeber, welcher die Genehmigung vom Eigenthümer des Manuskripts zu seiner Herausgabe nicht besaß, gegen den dritten Unternehmer eines Nachdrucks die Rechte des Autors, und weder bedarf er hierbei des Nachweises, jene Genehmigung erhalten zu haben, noch kann der Beklagte sich mit der Einrede, daß jene Genehmigung fehle, schützen. Dagegen ist der Herausgeber des Manuskripts im Falle fehlender Genehmigung einer Civilklage vom Eigenthümer des Manuskripts ausgesetzt, die auf Abtretung der in der Person des Herausgebers entstandenen Autorrechte, auf Unterdrückung der Ausgabe und vollen Schadenersatz gerichtet werden kann. Dies ist im vorletzten Alinea des §. 2 angeordnet."

Im Bundesrathe fanden aber die vorgeschlagenen Bestimmungen keine Annahme. Es sei von gelehrter Seite, wurde gesagt, geltend gemacht, daß ein solcher Schutz des ersten Herausgebers die Wissenschaft in hohem Maße beeinträchtigen und namentlich dahin führen könne, daß sich das Publikum viele Jahre lang mit schlechten Ausgaben begnügen müsse, falls der erste Herausgeber seiner Aufgabe nicht gewachsen sei. Da nun auch der Herausgeber begrifflich nicht mit dem Urheber gleichgestellt werden könne, vielmehr das Auffinden oder der Besitz eines solchen Manuskriptes häufig auf Zufall beruhe, so sei von einem Schutze des ersten Herausgebers abgesehen worden.

Im Reichstag wurde zwar noch ein Antrag gestellt, der den ersten Herausgeber einer nicht gegen Nachdruck geschützten Handschrift schützen wollte. Der Antrag wurde aber abgelehnt, weil es ein Schaden für die Wissenschaft sein würde, wenn durch einen solchen Schutz eine andere, vielleicht bessere Bearbeitung der alten Handschrift ausgeschlossen würde.

Wenn man diese ganzen Verhandlungen betrachtet, so kann man nur beklagen, daß durch eine nicht glückliche Stellung der Frage der Kern der Sache verhüllt worden und dadurch im Unklaren geblieben ist. Wollen wir über das Recht des ersten Herausgebers einer Handschrift zur Klarheit gelangen, so müssen wir auf ein tiefer liegendes Recht zurückgehen. Das ist das Recht des Eigenthümers an der Handschrift.

Digitized by Google

Unsere Gesetzgebung schützt nur das Recht des Urhebers von einem Schrift- oder Kunstwerke. Mit Recht hat man diesen Schutz einen Schutz des geistigen Eigenthums genannt. Der Urheber wird geschützt nicht zufolge seines körperlichen Eigenthums an dem Werke, sondern zufolge seines Rechtes an dem geistigen Inhalte desselben. Die Folge davon ist, daß er den Schutz genießt ohne Rücksicht darauf, wem das körperliche Eigenthum an seinem Werke zusteht. Auch wenn er das Eigenthum an seiner Schrift einem Andern übertragen hat, darf dieser doch nicht ohne seine Einwilligung das Werk vervielfältigen.*) Umgekehrt behält der Verfasser eines Schriftwerks das Recht der Vervielfältigung, auch wenn er die Schrift aus der Hand gegeben hat, vorausgesetzt nur, daß er thatsächlich dazu noch im Stande ist. Wer also z. B. eine handschriftliche Sammlung seiner Gedichte einem Freunde geschenkt hätte, würde dadurch nicht gehindert sein, die Gedichte nach einer neuen Niederschrift herauszugeben. Ein Maler, der ein werthvolles Bild gemalt und verkauft hat, ist nicht gehindert, dasselbe Bild noch einmal zu malen und danach Photographien herzustellen und in den Handel zu bringen. Durch dies Alles wird das Recht dessen, dem das körperliche Eigenthum an dem Schrift- oder Kunstwerke zusteht, nicht verletzt.

Verletzt aber wird dieses Recht — ganz unabhängig von dem Rechte des Urhebers — wenn das dem Eigenthümer gehörige Exemplar eines Schrift- oder Kunstwerks gegen seinen Willen benutzt wird, um danach Vervielfältigungen zu veranstalten. Ein Recht hierzu steht auch dem Urheber nicht zu. Daß bisher dieses Recht des Eigenthümers fast ganz unbeachtet geblieben ist, hat zunächst seinen Grund darin, daß in der großen Mehrzahl der Fälle Eigenthum und Urheberrecht an einem Schriftwerk bis zu dessen Veröffentlichung in einer Person zusammenfallen. Der Eigenthümer

*) Es ist vorgekommen, daß Briefe jüngst verstorbener Personen von dem Empfänger, also dem Eigenthümer der Briefe, als literarisches Werk veröffentlicht worden sind, anscheinend ohne Gestattung der Rechtsnachfolger des Verstorbenen. Vom Standpunkt der Nachdrucksgesetzgebung ist das gewiß sehr bedenklich. Einen weitgehenden Gebrauch von dieser Gesetzgebung hat freilich jüngst Pater Aurelian zu machen versucht, indem er die Veröffentlichung seines bekannten Berichtes über Teufelsbeschwörung als „Nachdruck" verfolgt hat. Es fragt sich, ob ein solcher Bericht als ein unter Schutz gestelltes „Schriftwerk" zu betrachten ist.

Digitized by Google

der Handschrift wird schon als Urheber geschützt und bedarf keines Schutzes aus seinem Eigenthume. Sodann liegt aber auch ein überaus starker Schutz des Eigenthümers schon in seinem Besitze, kraft dessen er jede mißbräuchliche Benutzung des ihm zugehörigen Werkes hindern kann.

Praktisch wird die Frage nach dem Schutze des Eigenthümers vorzugsweise alsdann, wenn das Urheberrecht an dem Werke bereits erloschen ist. Ist nun zugleich das Werk von solcher individuellen Art, daß es einzig in der Welt dasteht, dann wird die Frage brennend: muß der Eigenthümer sich gefallen lassen, daß ohne seinen Willen das Werk zu Vervielfältigungen benutzt wird? Und wenn es geschieht, gebührt ihm dagegen kein Rechtsschutz?

Denken wir uns also, es besitzt Jemand das schriftlich hinterlassene Tagebuch eines berühmten Mannes, der schon seit länger als 30 Jahren todt ist. Ein Freund, dem er das Schriftwerk geliehen hat, oder ein treuloser Diener nimmt heimlich eine Abschrift davon und danach wird das Tagebuch veröffentlicht. Muß der Eigenthümer sich das gefallen lassen? Schon unser natürliches Gefühl würde eine solche Handlung als einen literarischen Diebstahl bezeichnen. Und das ist sie in der That. Das körperliche Eigenthum an der Handschrift schließt auch das Eigenthum an dem geistigen Inhalt desselben dergestalt in sich, daß Niemand diesen geistigen Inhalt zum Nachtheil des Eigenthümers entfremden darf. Daß dem Eigenthümer die Entscheidung über die Verwerthung dieses geistigen Inhalts verbleiben muß, ist nicht bloß eine Folge seines Besitzes, sondern ist ein seinem Eigenthum inhärirendes Recht. Es können sich an dieses Recht bedeutende Geldinteressen knüpfen. Es ist bekannt, welche große Summe z. B. für das von H. Heine hinterlassene Tagebuch zwecks Veröffentlichung desselben gezahlt worden ist. Sicherlich braucht sich doch der Eigenthümer nicht gefallen zu lassen, daß ihm dieser aus seinem Eigenthum zu ziehende Gewinn von einem Andern vorweg genommen wird. Aber auch abgesehen hiervon können sich bedeutende Interessen an die Frage knüpfen, ob die Herausgabe einer Handschrift, an der kein Urheberrecht mehr besteht, geschehen soll oder nicht. Die Entscheidung hierüber muß aber dem Eigenthümer verbleiben, und Niemand ist berechtigt, sie ihm aus der Hand zu nehmen.

Digitized by Google

Aehnlich verhält es sich mit dem Eigenthum an einem Kunstwerke. Gesetzt, es besitzt Jemand ein Bild von einem alten berühmten Meister. Er giebt das Bild auf eine Ausstellung. Dort wird hinter seinem Rücken eine Photographie davon genommen, und bald darauf sieht er Nachbildungen des Gemäldes in allen Läden hängen. Muß sich der Eigenthümer das gefallen lassen? Ist es eine Gerechtigkeit, wenn das Gesetz ihm dagegen keinen Schutz verleiht?*)

Nun kann man vielleicht sagen, daß Fälle dieser Art doch zu selten seien, als daß das Gesetz sie zu beachten brauche. Aber wir knüpfen an das Recht des Eigenthümers eine weitere Folge, die viel tiefer eingreift. Muß man dem Eigenthümer das Recht zuerkennen, jeden Andern von der Verwerthung seines Eigenthums durch Vervielfältigung auszuschließen, so muß man ihm auch das Recht zugestehen, selbst sein Eigenthum, soweit ihm ein Urheberrecht nicht entgegensteht, durch Vervielfältigung zu verwerthen, und dieses Recht muß einen dem Schutze des Urheberrechtes analogen Schutz genießen. In diesem Schutze setzt sich das Recht des Eigenthümers, jeden Andern von der Vervielfältigung des Werkes auszuschließen, fort. Der Grund, weshalb wir den Urheber schützen, ist der, weil der Urheber allein in der Lage ist, das von ihm geschaffene Werk in die Welt zu setzen, und weil deshalb die Gerechtigkeit es erheischt, daß ihm, so wie er die Gefahr der Herausgabe übernimmt, auch deren Lohn zu Theil wird. Ganz dasselbe trifft aber auch zu, wenn eine Handschrift, die nur einmal in der Welt existirt und an der Urheberrechte nicht mehr bestehen, von dem

*) Nur einen schwachen Anlauf zum Schutze des Eigenthümers hat das Reichsgesetz vom 9. Januar 1876 genommen, indem es in §. 8 Abs. 2 bestimmt: „Der Eigenthümer eines Kunstwerks ist nicht verpflichtet, dasselbe zum Zweck der Veranstaltungen von Nachbildungen an den Urheber oder dessen Rechtsnachfolger herauszugeben." Außerdem ist (ebendaselbst Abs. 1) bestimmt, daß „bei Porträts und Porträtbüsten das Urheberrecht auf den Besteller übergehe". Die nämliche Bestimmung findet sich auch in §. 7 des Gesetzes vom 10. Januar 1876 zu Gunsten des Bestellers eines photographischen Bildnisses. Dabei ist aber eine böse Lücke entstanden. Der Photograph selbst genießt einen Schutz nur fünf Jahre lang; folgeweise auch der Besteller eines Bildnisses keinen längeren. Nach fünf Jahren kann also z. B. jede Photographie, die eine Dame von sich hat machen lassen, beliebig vervielfältigt und verbreitet werden.

Digitized by Google

Eigenthümer herausgegeben wird. Auch dem Eigenthümer muß diese Frucht seines Eigenthums ungeschmälert verbleiben. Natürlich muß dann auch dem Eigenthümer gestattet sein, sein Recht zur Herausgabe auf einen Anderen zu übertragen. Und so gelangen wir zu dem Satze, daß die erste Ausgabe eines Werkes, das nicht mehr unter dem Schutze des Urheberrechts steht, gleichwohl zu Gunsten des Eigenthümers der Handschrift oder dessen, auf welchen dieser sein Recht übertragen hat, gegen Nachdruck geschützt sein muß. Allerdings mag es kein Bedürfniß sein, diesen Schutz so weit auszudehnen, wie den des Urhebers. Die lange Dauer des Schutzes des Urhebers soll diesem und seinen Erben den vollen Lohn der geistigen Arbeit sichern. Diese Rücksicht kommt für den Eigenthümer nicht in gleichem Maße in Betracht. Es würde genügen, wenn man das herausgegebene Werk etwa für 10 Jahre nach seinem Erscheinen gegen Nachdruck schützte.

Die hier angeregte Lehre wird vorzugsweise praktisch bei Herausgabe von alten Handschriften, die sich in öffentlichen Archiven und Bibliotheken vorfinden. Zunächst entsteht die Frage: darf Jemand solche Handschriften herausgeben ohne Einwilligung der Archiv- oder Bibliothekverwaltung? Es wäre ja denkbar, daß er sich heimlich eine Abschrift nähme und danach die Handschrift veröffentlichte. Wäre das ein rechtmäßiges Verfahren? Ich verneine es. Es mag immerhin vorkommen, daß werthvolle Urkunden in Archiven ꝛc. erst durch den Fleiß der Besucher entdeckt werden. Aber auch solche Funde fallen doch nicht frei dem Entdecker anheim. Will er sie zu einer Veröffentlichung benutzen, so muß er erst die Verwaltung darum angehen.

Wenn aber die Archivverwaltung selbst Urkunden, die sie besitzt, veröffentlicht, so muß sie hierfür den Schutz genießen, der dem Eigenthümer der Handschrift gebührt. Die königliche Verwaltung der Staatsarchive hatte also ganz recht, wenn sie sich durch eine zweite Herausgabe der de Catt'schen Briefe verletzt fühlte.

Nun ist noch die Frage zu besprechen, ob der Eigenthümer, der einem Anderen die Herausgabe einer Handschrift gestattet, hiermit darauf verzichtet, auch noch Dritten die Herausgabe der Handschrift zu gestatten. Soweit er dies thut, wird man zugleich annehmen dürfen, daß er sein Anrecht auf Schutz auf den Her-

Digitized by Google

ausgeber übertragen habe. Natürlich kann die Frage nur gestellt werden, wenn nichts darüber ausgemacht ist. Hätte sich der Eigenthümer ausdrücklich vorbehalten, auch noch Anderen die Herausgabe zu gestatten, so hätte unzweifelhaft der erste Herausgeber kein Recht, dies zu hindern. Ist nun aber ein solcher Vorbehalt nicht gestellt worden, dann dürfte nach Lage der Fälle zu unterscheiden sein.

Besteht die Herausgabe in einem einfachen Abdrucke der Handschrift, dann würde es der bona fides des literarischen Verkehrs widersprechen, wenn der Eigenthümer stillschweigend sich das Recht hätte vorbehalten wollen, auch noch Andern die Herausgabe zu gestatten. Dementsprechend wird man auch annehmen dürfen, daß in einem solchen Falle der Eigenthümer das ihm zukommende Schutzrecht auf den Herausgeber der Handschrift habe übertragen wollen.

Anders, wenn es sich um eine Herausgabe handelt, die nur auf Grund einer wissenschaftlichen Bearbeitung oder kritischen Erforschung des Inhalts der Handschrift erfolgen kann. Liegt so die Sache, dann wird man im Zweifel nicht annehmen können, daß der Eigenthümer durch die Gestattung der Herausgabe an den Einen auf das Recht, auch Andern eine solche zu gestatten, habe verzichten wollen. Denn an die wiederholte Bearbeitung können sich sehr erhebliche wissenschaftliche Interessen knüpfen. Eine weitere Herausgabe würde daher, vorausgesetzt, daß sie als selbständiges wissenschaftliches Werk sich darstellte, durch die erste Herausgabe nicht gehindert sein. Auch eine photographische Nachbildung, die ja bei interessanten Handschriften jetzt öfters vorkommt, würde dem Eigenthümer oder mit seiner Gestattung einem Dritten als vorbehalten anzusehen sein.

Daß aber der Herausgeber der Handschrift sein Recht immer nur aus der Person des Eigenthümers ableitet, daran knüpfen sich einige weitere Folgerungen. Zunächst die, daß im Zweifel der Herausgeber immer nur einen Anspruch auf Schutz für die Auflage hat, die ihm vom Eigenthümer gestattet worden ist. Will er eine weitere Auflage veranstalten, so muß er den Eigenthümer darum angehen. Auch ist nach Vergreifen der gestatteten Auflage der Eigenthümer nicht gehindert, eine andere Herausgabe zu veranstalten. Eine weitere Folgerung, die wir ziehen müssen, geht dahin: der-

Digitized by Google

jenige, der ohne Gestattung des Eigenthümers eine Handschrift herausgiebt, hat keinen Anspruch auf Schutz derselben, weder dem Eigenthümer, noch einem Dritten gegenüber. Es war verfehlt, wenn der obengedachte Entwurf des Reichsgesetzes dem ersten Herausgeber Schutz gewähren wollte, auch wenn dieser ohne den Willen des Eigenthümers die Herausgabe veranstaltet habe. Vielmehr hat in diesem Falle der erste Herausgeber nicht mehr Rechte, als der zweite. Beide sind im Verhältniß zum Eigenthümer Nachdrucker. Will der Eigenthümer sein Recht nicht verfolgen, so liegt doch kein Grund vor, dem einen Nachdrucker vor dem anderen den Vorzug zu geben. Der Einwand, daß danach der erste Herausgeber, um geschützt zu sein, stets die Gestattung des Eigenthümers beweisen müsse, wiegt nicht sehr schwer. Denn auf diesen Beweis muß er schon gefaßt sein, um nicht dem Eigenthümer gegenüber als Nachdrucker zu gelten. Er wird aber auch, wenn die Gestattung geschehen ist, den Beweis in der Regel leicht erbringen können.

Die hier vertretenen Gedanken würden etwa in folgenden Gesetzesparagraphen ihren Ausdruck finden:

§. a.

Unabhängig von dem Rechte des Urhebers hat der Eigenthümer einer ein Schriftwerk enthaltenden Handschrift*) ein Recht darauf, daß diese Handschrift nicht ohne seine Gestattung zur Vervielfältigung des Schriftwerkes benutzt werde. Zuwiderhandlungen gelten als Nachdruck, den der Eigenthümer der Handschrift zu verfolgen berechtigt ist. Etwa noch bestehende Rechte des Urhebers bleiben daneben vorbehalten.

§. b.

Hat der Eigenthümer oder mit seiner Gestattung ein Anderer die Handschrift durch den Druck vervielfältigt, so wird diese Herausgabe auf Antrag des Eigenthümers oder des Herausgebers innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren nach dem Erscheinen gegen Nachdruck geschützt.

*) Dieser etwas schwerfällige Ausdruck ist gewählt, weil m. E. nicht jede Handschrift ein „Schriftwerk" im Sinne des Nachdruckgesetzes enthält.

Digitized by Google

§. c.

Handelt es sich um eine Handschrift, deren Herausgabe durch eine wissenschaftliche Bearbeitung bedingt ist, so ist der Eigenthümer durch die Gestattung einer Herausgabe nicht gehindert, eine neue Herausgabe zu veranstalten oder deren Veranstaltung einem Dritten zu gestatten.

Die neue Herausgabe gilt im Verhältniß zu der früheren nicht als Nachdruck, wenn sie als selbständiges wissenschaftliches Werk sich darstellt.

Auch wird durch die einem Andern gestattete Herausgabe einer Handschrift der Eigenthümer nicht gehindert, photographische Nachbildungen der Handschrift herstellen zu lassen.

§. d.

Den in §. b angeordneten Schutz genießen auch bereits herausgegebene Werke neu erscheinenden Herausgaben gegenüber, wenn die zehnjährige Schutzfrist noch nicht abgelaufen ist.

Das wissenschaftliche Interesse, daß nicht durch eine erste, vielleicht schlechte Ausgabe einer Handschrift bessere Ausgaben gehindert werden, — dieses Interesse hat in den Verhandlungen des Bundesraths und des Reichstags eine große Rolle gespielt, wobei sich auf berühmte Gelehrte berufen wurde — halte ich durch eine Bestimmung, wie die in §. c vorgeschlagene, für genügend gewahrt. Ich glaube auch, daß das von mir aufgestellte Merkmal:

> daß die neue Herausgabe als eine selbständige wissenschaftliche Arbeit sich darstellt,

nicht allzu schwer zu erkennen sein würde. Als solche würde eine neue Herausgabe zu gelten haben, wenn sie wesentliche Verbesserungen des Textes enthielte. Eine bloße Wiederholung des früheren Abdruckes mit hinzugefügten erläuternden oder kritischen Bemerkungen würde allerdings meiner Ansicht nach nicht von dem Vorwurf des Nachdruckes frei sein. Solche Zusätze würden ohne Schaden für die Wissenschaft auch ohne wiederholten Abdruck des Textes veröffentlicht werden können. Daß dadurch die Benutzung etwas unbequemer würde, halte ich nicht für so wichtig, wie den Schutz, der dem ersten Herausgeber aus dem Rechte des Eigenthümers gebührt.

Digitized by Google

Die Frage, ob man auch selten gewordene Drucke einer Handschrift gleichhalten solle, wird davon abhängen, ob solche Drucke, bei denen sich eine neue Herausgabe lohnt, so häufig vorkommen, daß sie besondere Berücksichtigung durch die Gesetzgebung verdienen.

Daß der hier befürwortete Schutz grundsätzlich auch für Kunstwerke gerechtfertigt sein würde, ergiebt sich aus meiner obigen Ausführung. Vielleicht aber hat sich hier die Lücke der Gesetzgebung praktisch kaum fühlbar gemacht.

Der hier vertretene Gedanke ist auch in dem von mir herausgegebenen Gesetzentwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch zum Ausdruck gebracht. Der von mir dort vorgeschlagene §. 650 entspricht im Wesentlichen dem oben formulirten §. a.

Bemerkung.

Die obige bedeutungsvolle und scharfsinnige Arbeit beleuchtet die Frage von einer neuen interessanten Seite. Ich habe mich in Grünhuts Zeitschrift Bd. XV S. 207 f. für die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen und muß sie allerdings aufrechterhalten. Ich glaube nicht, daß genügende Gründe vorliegen, den Eigenthümer eines Schriftstücks in diesem Maße zu schützen. Wie, wenn eine alte Inschrift zufällig in einem Felde ausgegraben, auf einer alten Mauer entdeckt wird? Auch das halte ich für sehr bedenklich, daß ein Museum soll verbieten können, Abschriften zu veröffentlichen, die man von dortselbst verwahrten Steininschriften nimmt. Das könnte zu schwerer Beeinträchtigung der Wissenschaft führen. Für den Fall, daß sich etwa Jemand heimlich die Abschrift eines Tagebuches nimmt und sie veröffentlicht, kommt in Betracht, daß hier nicht etwa bloß wissenschaftliche und künstlerische, sondern vor Allem auch persönliche Interessen in Frage stehen. Für die Veröffentlichung von Briefen, Tagebüchern, überhaupt von Schriftstücken vertraulichen Inhalts müssen besondere Grundsätze gelten, wie dies oben Seite 105 entwickelt worden ist. Daher können die Hinterbliebenen die Veröffentlichung solcher Schriftstücke auch dann verbieten, wenn sie dem Autorrechte nicht oder nicht mehr unterstehen. Dieses Recht können sie auch mit dem Manuskript auf einen Dritten übertragen und ihm die Frage der Publikation oder Nichtpublikation überlassen. In diesem Fall geht das Verbotsrecht auf den Erwerber des Schriftstückes über; es involvirt ein Recht des Vertrauensschutzes, das natürlich indirekt auch Vermögenswerth haben kann. Wenn in diesem Fall ein Dritter sich ohne Erlaubniß Abschrift nimmt und sie veröffentlicht, so kann darin eine injuria gegen den Träger des Vertrauens, hier also den Eigenthümer des Manuskripts liegen, welche ein richterliches Einschreiten rechtfertigt. Dies würde auch dann gelten, wenn das Manuskript Jemandem gar nicht zum Eigenthum, sondern nur zur Aufbewahrung übertragen wäre, mit dem Rechte, über die Publikation zu bestimmen.

Kohler.

Digitized by Google

6.

Einfluß des Bauunfallversicherungsgesetzes vom 11. Juli 1887 auf die Rechte und Pflichten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde.

Von Kreisgerichtsrath Dr. **Kenno Hilse** in Berlin.

Im Geltungsbezirke der Gesindeordnung vom 8. November 1810 soll (§. 85) die Herrschaft dem Gesinde nicht mehrere noch schwerere Dienste zumuthen, als dasselbe nach seiner Leibesbeschaffenheit und seinen Kräften ohne Verlust seiner Gesundheit bestreiten kann, und deshalb (§. 86) für seine Kur und Verpflegung sorgen, sofern der Dienstbote sich durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben eine Krankheit zuzieht. Auch haftet (§. 94) sie für einen durch Zufall bei Gelegenheit des Dienstes zugestoßenen Schaden über die Dienstzeit hinaus, wenn sie (A. L.-R. I. 13 §. 80) auch nur durch ein geringes Versehen zu dem Unglücksfalle Anlaß gegeben hat, welcher bei Ausrichtung des übertragenen Geschäftes das Gesinde betroffen hat, sowie (ebd. §. 81) wenn der bestimmte Auftrag, ohne sich der Gefahr einer solchen Beschädigung auszusetzen, nicht hat befolgt werden können. Der Umfang des Schadensersatzes wird (Ges.-Ord. §. 95) jedoch beschränkt nur auf die Kurkosten und auf den nothdürftigen Unterhalt des Gesindes, so lange, bis dasselbe sich sein Brod selbst zu verdienen wieder in den Stand kommt.

In völliger Uebereinstimmung hiermit steht die Gesindeordnung für Neuvorpommern und Rügen vom 11. April 1845. Dagegen ist die Verpflichtung der Dienstherrschaft, für erkranktes Gesinde zu sorgen, in sämmtlichen Bundesstaaten zwar darin überein-

Digitized by Google

stimmend, daß eine Unterscheidung getroffen wird, ob die Krankheitsursache auf eine Dienstverrichtung zurückzuführen ist oder nicht, und ob bei Entstehen der Krankheitserscheinungen oder dem Krankheitsverlaufe die Dienstherrschaft bezw. das Gesinde ein Verschulden trifft, im übrigen jedoch anders geregelt. Ohne auf die mehr nebensächlichen Bestimmungen einzugehen, können die maßgebenden wesentlichen Grundsätze dahin gruppirt werden.

I. Auf sechs Wochen ist die krankenkaßliche Fürsorge der Herrschaft ausgedehnt: in dem früheren Großherzogthum Nassau durch Edikt vom 15. Mai 1819 §. 12.

II. Vier Wochen soll dieselbe dauern: in der Rheinprovinz (Gesindeordnung v. 19. August 1844 §§. 25, 26), in Schleswig-Holstein (Armenordnung v. 29. Dezember 1841 §§. 77, 78, 81, 82), in Sachsen-Meiningen (Gesindeordnung v. 22. Februar 1838), in Anhalt (Gesindeordnung v. 19. April 1851 §§. 25, 26), in Schwarzburg-Sondershausen (Gesindeordnung v. 1. Februar 1864 §. 22).

III. Nach zwei Wochen wird in Mecklenburg-Schwerin der Dienstherrschaft die Fürsorge für erkranktes Gesinde durch die Gemeinde abgenommen.

IV. Auf acht Tage ist sie beschränkt und nur bei übertriebener Zumuthung darüber hinausgehend: für Hohenzollern-Sigmaringen (Gesetz v. 31. Januar 1843 §§. 46—50), -Hechingen (Gesetz v. 31. Dezember 1843 §§ 49—53) und für das Großherzogthum Baden (Dienstbotengesetz v. 3. Februar 1868).

V. Für die Dauer der Dienstzeit soll solche gewährt werden, und zwar theilweise nur für Rechnung der Herrschaft, theilweise unter Verpflichtung des Gesindes, die Kosten für Arzt und Arznei sich vom Gesindelohne kürzen zu lassen: im Königreich Sachsen (Gesindeordnung v. 10. Januar 1835 §§. 74, 75, bezw. v. 2. Mai 1892 §§. 62, 63, 64, 77, 79, 80), in Sachsen-Gotha (Gesindeordnung v. 24. Juli 1797 §§. 27—29), in -Koburg (Gesindeordnung v. 11. März 1814 §§. 38—40), in -Altenburg (Gesindeordnung v. 24. Dezember 1840), in Reuß j. L. (Gesindeordnung v. 23. Januar 1845), endlich in den ehemaligen Gebiets-

Digitized by Google

theilen von Frankfurt a. M. (Gesindeordnung v. 5. März 1822 §. 14).

VI. Nur bei übertriebener Zumuthung seitens der Dienstherrschaft oder Ertheilen eines Auftrages, dessen Verrichtung die Krankheit zur Folge hatte, ist dieselbe verpflichtet, die Krankenfürsorge zu gewähren: in den zu der Provinz Hannover gehörigen Landdrosteien Hannover, Hildesheim, Lüneburg und für den Harzbezirk (Dienstbotenordnung v. 15. August 1844 §§. 36, 57—60), bezw. in den Herzogthümern Bremen und Verden (Dienstbotenordnung v. 12. April 1844 §§. 43, 49—52), in den Großherzogthümern Sachsen-Weimar (Gesindeordnung v. 28. Juni 1823 §. 33), Oldenburg (Gesindeordnung v. 24. August 1853) einschließlich Fürstenthum Lübeck (Gesindeordnung v. 11. Januar 1873), Birkenfeld (Gesindeordnung v. 13. Juni 1861), sowie in Reuß ä. L. (Gesindeordnung v. 25. März 1828), in Lippe-Schaumburg (Gesindeordnung v. 8. Februar 1848 Art. 46—49), in Hessen (Gesindeordnung v. 28. April 1877 Art. 10), während solche

VII. das erkrankte Gesinde nur so lange zu behalten braucht, bis seitens der Obrigkeit für dessen Unterbringung anderweit gesorgt ist: in den hannoveranischen Landdrosteien Osnabrück (Dienstbotenordnung v. 28. April 1838 Art. 42—45), Ostfriesland und dem Harlingerland (Dienstbotenordnung v. 10. Juli 1859 §§. 33, 52—55), Schwarzburg-Rudolstadt (Gesindeordnung v. 3. Juni 1822), Braunschweig (Gesindeordnung v. 15. Oktober 1832 §. 22), Waldeck (Dienstbotenordnung v. 14. März 1850 Art. VIII), Lübeck (Gesindeordnung v. 25. Juni 1862), Lippe-Detmold (Gesindeordnung v. 29. Februar 1864), Bremen (Gesindeordnung v. 25. Februar 1868 §§. 49—51), bezw. dessen Aufnahme in ein Krankenhaus sich ermöglichte: in den zu dem Regierungsbezirk Kassel gehörigen früheren bayerischen Landestheilen (Dienstbotenordnung für Würzburg v. 3. Juli 1838 §. 29). Doch muß in Lübeck der Lohn für das laufende Quartal dem Gesinde gezahlt werden.

Digitized by Google

VIII. Infolge einer mehr oder weniger in ihren Leistungen begrenzten Krankenversicherungspflicht des Gesindes fällt eine Fürsorge der Herrschaft für dieses im Erkrankungsfalle fort: in den Königreichen Bayern (Gesetz v. 29. April 1869 über die öffentliche Armen- und Krankenpflege Art. 11 und 20, nebst Ausf.-G. z. K.-V.-G. v. 28. Februar 1884 Art. 2) und Württemberg (Gesetz v. 16. Dezember 1888), in der Provinz Hessen-Nassau für die vormals landgräflich hessischen Gebietstheile (Revidirte Statuten für das Allgemeine Krankenhaus zu Homburg mit Beschluß der Regierung zu Wiesbaden v. 15 Januar 1885), in Hamburg nebst Vorstädten und den Marschlanden (Gesetz v. 16. Juli 1890). Auch in der schlesischen Stadt Brieg ist seit 1811, in dem hamburgischen Vororte Bergedorf seit 1872 und in der Universitätsstadt Göttingen durch ein Ortsstatut vom 23. November 1850 gegen ein festes, monatlich seitens des Gesindes zu entrichtendes Hospitalgeld und eine seitens der Dienstherrschaft gewährte Zubuße der letzteren die Fürsorge für ersteres im Erkrankungsfalle abgenommen und auf die Krankenanstalt übergegangen. Im Königreich Sachsen kann (Ges.-Ord. v. 2. Mai 1892 §. 64) die Dienstherrschaft sich durch Versicherung des Gesindes bei einer Dienstbotenkrankenkasse auf Rechnung beider ihrer Fürsorgepflicht entledigen.

In Mecklenburg-Strelitz und in Elsaß-Lothringen fehlt es an einer gesetzlichen Regelung der Fürsorge für erkranktes Gesinde seitens der Dienstherrschaft.

Angesichts dieser Rechtslage kommt in Frage, ob und inwieweit durch die öffentlich-rechtliche Versicherung und die neueren Arbeiterschutzgesetze eine Aenderung der bisherigen Rechtsgrundsätze bewirkt worden ist. Dieselbe hier zu erörtern, wird durch die Thatsache gerechtfertigt, daß mitunter Richter und Anwälte kaum im Stande sind, bei der Fülle und raschen Aufeinanderfolge der diesbezüglichen Gesetze und deren oftmals erst in Folge der Ausführungsbestimmungen und ergangenen Rechtssprüche erkennbaren Grundgedanken sich genügende Kenntniß derselben zu verschaffen, weshalb ihnen nicht selten entgeht, welche Wirkung neuere Gesetze auf ältere auszuüben

Digitized by Google

vermögen. In dieser Hinsicht darf vornehmlich wohl festgehalten werden, daß insoweit eine Wechselbeziehung der Satzungen des bürgerlichen und des öffentlichen Rechtes anerkannt werden muß, als aus dem einen von ihnen Rechte oder Pflichten entspringen, welche das Entstehen oder den Untergang des aus dem anderen ableitbaren Anspruches bedingen.

Was die Fürsorge für durch Alter oder Verbrauch ihrer Arbeitskraft erwerblos gewordene Dienstboten anlangt, so spricht das Invaliditätsversicherungsgesetz vom 22. Juni 1889 (J.-V.-G.) §. 1 unzweideutig aus, daß hiergegen Versicherung genommen werden muß, und zwar für Rechnung der Herrschaft und des Gesindes zu gleichen Theilen durch die erstere. Ebenso unzweideutig ist (J.-V.-G. §. 22) angeordnet, daß die Lohnklasse, aus welcher sich die zu verwendenden Beitragsmarken (ebd. §§. 96, 100) ergeben, durch den 300fachen Betrag des seitens der höheren Verwaltungsbehörde auf Grund des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883 (K.-V.-G.) §. 8 festgesetzten ortsüblichen Tagelohnes gewöhnlicher Tagearbeiter bestimmt wird, so lange noch keine Versicherungspflicht gegen Krankheit besteht. Deshalb bleibt die Höhe des zu zahlenden Lohnes hierauf völlig einflußlos und ist nur auseinanderzuhalten ob der Dienstbote männlich oder weiblich, sowie über oder unter 18 Jahre alt ist. Endlich ist (J.-V.-G. §. 109) festgesetzt, daß nach Ablauf zweier Lohnzahlungstermine ein Abzug der Markenhälfte nicht mehr zusteht und Abkommen rechtsunverbindlich, ja sogar straffällig (J.-V.-G. §§. 147, 148) werden, welche Mehrabzüge erwirken sollen, was hervorzuheben nothwendig erscheint, weil wiederholt andere, also gesetzwidrige Rechtsbelehrung seitens der Anwälte und Urtheile der Richter bekannt wurden. Daß zur Zeit aber eine Versicherungspflicht des Hausgesindes gegen Krankheit nicht anerkannt werden kann, ergiebt K.-V.-G. §. 1 in Verbindung mit dem Rechtssatze des Oberverwaltungsgerichtes in dem Erkenntniß vom 30. April 1888 (Entsch. Bd. 16 S. 364), wonach solches auch nicht unter die nach Gesetz vom 5. Mai 1886 §§. 133, 10 versicherungspflichtigen, ländlichen Arbeiter fällt. Erst mit Inkrafttreten der Krankenkassennovelle vom 10. April 1892 kann gemäß §. 4 fakultativ durch Ortsstatut ein Krankenversicherungsrecht für Gesinde eingeführt und damit der Grundsatz der Preuß. Ges.-Ord. §. 92 verlassen werden, wonach die

Digitized by Google

Verbindlichkeit der Herrschaft, für die Kur und Pflege des kranken Dienstboten zu sorgen, auch im Falle der solche überdauernden Krankheit mit Endschaft der Dienstzeit aufhört. Denn nach K.-V.-G. §. 6 ist auf 13 Wochen die krankenkaßliche Fürsorge begrenzt und nach §. 50 der Arbeitgeber, hier also die Dienstherrschaft, verpflichtet, in gleichem Umfange aus eigenen Mitteln solche zu gewähren, wenn sie die Anmeldung des Gesindes zur Krankenversicherung unterließ. Hierzu ist dieselbe aber auch schon jetzt aus Baunfallversicherungsgesetz vom 11. Juli 1887 (B.-U.-V.-G.) §. 49 verbunden, sobald die hervorgetretenen Krankheitserscheinungen auf einen Baunfall zurückzuführen sind. Dadurch wird gleichzeitig Preuß. Ges.-Ord. §. 93 außer Kraft gesetzt, welcher die Anzeige eines die Dienstzeit überdauernden Krankheitsfalles an die Ortsobrigkeit fordert, damit diese für das Unterkommen eines dergleichen verlassenen Kranken sorgen könne, zumal ja nach den Erkenntnissen des Bundesamtes für das Heimathswesen vom 4. Februar 1888 und vom 8. November 1890 für die Dauer der öffentlich-rechtlichen Versicherung die armenrechtliche Hülfsbedürftigkeit, welche auch durch die im B.-U.-V.-G. §§. 7, 8 vorgesehene Eintrittspflicht der Gemeinden für Erkrankte und durch diese des L.-U.-V.-G. §. 10 nicht ersetzt ist, ruht, mithin die Voraussetzung der Anzeigepflicht fortfällt.

Nicht in gleichem Grade bestimmt ist zum Ausdrucke gelangt, daß das Hausgesinde zur Zeit bereits bedingt der Unfallversicherung unterstellt sei und aus dieser rechtsbegründete Ansprüche erlange, wenn in Folge eines auf die Verrichtung übertragener Dienstleistungen zurückzuführenden Unfalles es in seiner körperlichen oder geistigen Unversehrtheit einen Schaden erlitt, welcher seine Wirkungen auf dessen Erwerbsfähigkeit äußert. Und dennoch läßt aus dem Zusammenhange der einschlagenden gesetzlichen Vorschriften sich mit apodiktischer Bestimmtheit ein Entschädigungsanspruch des verletzten Dienstboten und eine korrespondirende Schadloshaltungspflicht der örtlich zuständigen Baugewerksberufsgenossenschaft ableiten, welche wiederum ihren Einfluß auf das heutige Gesinderecht zu äußern nicht verfehlt. Denn während nach dem Unfallversicherungsgesetze vom 6. Juli 1884 (U.-V.-G.) §. 1 bloß die in gewerbsmäßigen Baubetrieben beschäftigten Personen gegen Unfälle versicherungspflichtig erklärt sind, erweitert das B.-U.-V.-G. vom 11. Juli 1887

Digitized by Google

§. 1 die Versicherungspflicht auf alle bei Bauten beschäftigten Personen, so daß Jeder schadlos gehalten werden soll, welcher bei Verrichtung von Bauarbeiten Schaden erlitt. Der Begriff „Bauarbeit" ist aber in einer den gemeingewöhnlichen Sprachgebrauch weit übersteigenden Ausdehnung durch die Anleitung zur Bek. vom 14. Juli 1887 festgestellt, welche letztere als hierunter fallend (unter Nr. 3) auch Stubenbohnen, sowie Anbringen, Abnahme und Reparatur von Wetterrouleaux (Marquisen, Jalousien) rechnet. Wer bei Verrichtung dieser Arbeiten verunglückt, hat einen zweifellosen Anspruch auf Schadloshaltung im Umfange des U.-V.-G. §. 6, mithin bis auf Höhe von $66^2/_3$ Prozent seines Durchschnittsarbeitsverdienstes. Nun unterscheidet V.-U.-V.-G. §. 3 zwischen Personen, welche in gewerbsmäßigen Betrieben dieser Art beschäftigt, und solchen, welche bei Bauarbeiten verunglücken, die für Rechnung eines nicht gewerbsmäßigen Unternehmers ausgeführt werden. Während die Schadloshaltung der ersteren durch die Gesammtheit der in der Baugewerksberufsgenossenschaft vereinigten Unternehmer erfolgt, hat diese der letzteren die Versicherungsanstalt derselben zu bewirken. Zu diesem Zwecke werden (V.-U.-V.-G. §§. 4 Z. 4, 16, 21) alle von Privatunternehmern beschäftigten Personen bei dieser versichert. Und zwar wird auch hier wieder unterschieden, ob die Verrichtung der übertragenen Bauarbeit sechs Arbeitstage überdauert oder weniger erfordert. Jedoch kommt hierauf es nur zur Feststellung der Frage an, wer die Mittel zur Schadloshaltung aufzubringen hat, ob der Unternehmer (§§. 22, 25) oder die Gemeinde (§. 30), weil unbekümmert hierum in jedem Falle der Anspruch des Beschädigten besteht, so daß dieser schadlos gehalten wird, gleichviel, wer später zur Beschaffung der für Entschädigungszwecke aufzuwendenden Mittel heranzuziehen ist.

Seitens des Reichs-Versicherungsamtes, als des zur Entscheidung hierüber berufenen Urtheilsgerichtes, wird die Rechtsauffassung vertreten, daß es des Zustandekommens eines Arbeitsvertrages zwischen einem gewerbsmäßigen Betriebsunternehmer und einem verletzten Arbeiter garnicht bedürfe, um die Verpflichtung der Unfallberufsgenossenschaft zur Schadloshaltung zu begründen, sobald nur ein ursächlicher Zusammhang zwischen dem schädigenden Ereigeignisse und dem Verrichten einer an sich versicherungspflichtigen

Digitized by Google

Arbeit besteht. Das bloße Hülfeleisten einer aus eigenem Antriebe mitangreifenden, hierzu garnicht einmal aufgeforderten Person soll, wie z. B. das Aufhalten durchgehender Pferde (Rek. 863 v. 19. Mai 1890), die Betheiligung am Aufrichten gefallener (Rek. 862 vom 24. März 1890), das Mitanfassen eines zu tragenden Balkens (Rek. 597 v. 9. Juli 1888), das Leiten eines, gewerblichen Zwecken dienenden Fuhrwerkes (Rek. 598 v. 28. Mai 1888, 869 vom 17. Februar 1890), ja sogar das bloße Dulden des Verrichtens einer in mittelbarem Zusammenhange zu dem Betriebe stehenden Arbeit eines Dritten in der Betriebsstätte (Rek. 599 v. 25. Juni 1888), bereits genügen, die gewerblich zuständige Berufsgenossenschaft zur Schadloshaltung des hierbei Verletzten zu verpflichten, obschon derselbe kein gewerblicher Arbeiter des als Unternehmer dieses Betriebes katastrirten Genossenschaftsmitgliedes ist. Nur die gegen ein ausdrückliches Verbot vorgenommene Thätigkeit dieser dritten Person erscheint (Rek. 707 v. 29. April 1889) zur Verwirkung des Entschädigungsanspruches geeignet. Werden seitens Desjenigen, welcher von dem Betriebsunternehmer die Arbeit empfängt, also z. B. seitens des Bauherrn, dem Zimmermeister Hülfskräfte zum Richten des Dachstuhles aus der Zahl seiner Dienstboten gestellt, dann sind letztere für die Dauer dieser von ihnen ausgeübten Thätigkeit (Rek. 377 v. 13. Juni 1887, 922 v. 3. März 1890) versicherungspflichtig, folglich entschädigungsberechtigt, obschon für sie keine Umlagebeiträge oder Prämien als Vorleistung des übernommenen Risiko an die eintretende Berufsgenossenschaft entrichtet wurden. Dasselbe trifft zu hinsichtlich derjenigen Arbeiter, welche etwa eine Feuerversicherungsgesellschaft für die als Bauthätigkeit angesehenen (Beschl. v. 20. September 1890) Abräumungsarbeiten einer Brandstätte einstellte. Festhaltend an diesen erkannten Rechtsgrundsätzen, welche deshalb als folgegerechter Obersatz gelten können, und in Aufstellen der unanzweifelbaren Voraussetzung, daß eine höchste Spruchbehörde in ihren maßgebenden Grundsätzen sich regelmäßig gleich bleiben werde, als tauglichen Untersatzes, darf aus diesen beiden Prämissen die logische Schlußfolgerung gezogen werden, daß die für die Unfallstätte örtlich zuständige Baugewerks-Berufsgenossenschaft für ihre Versicherungsanstalt denjenigen Unfall zur Schadloshaltung übernehmen muß, welcher einem Gesinde bei Verrichtung

Digitized by Google

einer von der Dienstherrschaft ihm übertragenen, als Bauarbeit im weiteren Sinne sich kennzeichnenden Thätigkeit zugestoßen ist. Weil letztere in der Regel weniger als sechs Arbeitstage beanspruchen wird, bedarf es für die Dienstherrschaft der im Bau-Unfallversicherungsgesetze §. 22 vorgeschriebenen Arbeitsnachweisung nicht, weil eine Prämie gemäß Bau-Unfallversicherungsgesetz §. 25 nicht zu zahlen, vielmehr durch die Gemeinde (B.-U.-V.-G. §. 30) die zur Schadloshaltung des Verletzten gemachte Aufwendung zu erstatten ist. Dagegen muß allerdings die Dienstherrschaft die Anzeige (U.-V.-G. §. 51) des eingetretenen Unfalles form- und fristgerecht, also binnen zwei Tagen, an die Polizei erstatten, widrigenfalls neben den angeordneten Straffolgen auch die aus der Fristversäumniß entspringenden Vermögensnachtheile sie treffen, diese also dem Gesinde für dasjenige einzustehen hat, was es bei fristgerechter Feststellung des Schadensfalles erhalten haben würde, ihm also in Folge Verabsäumens einer der Dienstherrschaft obliegenden Pflicht entgangen ist. Auf die einzelnen Handlungen eingehend, so ist das Reinigen von Fenstern (Besch. 945 v. 31. Januar 1891 mit 177) keine Bauthätigkeit, ein dabei zugestoßener Unfall also nicht als solche schadlos zu halten. Ankleben von Tapeten, Antünchen der Wände, Streichen des Fußbodens, Bohnern (aber nicht das tägliche Abreiben) des Fußbodens, Aufhängen, Ausbessern, Abnehmen der Wetterrouleaux, Marquisen, Jalousien sind (Anl. v. 14. Juni 1887) dagegen als solche bezeichnet, mithin die bei derartigen Verrichtungen zugestoßenen gesundheitsschädlichen, erwerbsmindernden Folgen vermögensrechtlich zu vertreten.

Wird dies als richtig anerkannt, so ergiebt daraus für das Dienstverhältniß sich als beachtenswerthe Folge, daß das Gesinde Anspruch auf Unfallentschädigung durch die dazu berufene Versicherungsanstalt der örtlich zuständigen Baugewerks-Berufsgenossenschaft, sowie auf krankenkaßliche Fürsorge seitens der als Arbeitgeber rechtlich zu erachtenden Dienstherrschaft hat, unbekümmert darum, ob vielleicht eigene Leichtfertigkeit oder Unvorsichtigkeit das Herbeiführen des schädlichen Ereignisses mit verursacht oder den ungünstigen Krankheitsverlauf verschuldet hat. Denn bloß vorsätzliches Herbeiführen der Unfallsfolge erkennt Unfallversicherungsgesetz §. 5 und Krankenversicherungsgesetz §. 6 für den Handelnden als Ver-

Digitized by Google

wirkungsgrund des Entschädigungsanspruches an. Die anderweit nach den bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen der Landesgesetze hierzu geeigneten Grade des kollidirenden Mitverschuldens bleiben hierauf einflußlos. Dadurch bedingt, wird die Pflicht der Dienstherrschaft aus der Preuß. Ges.-Ord. §. 95 wesentlich erweitert. Denn nach Bau-Unfallversicherungsgesetz §. 49 hat sie im Umfange des Krankenversicherungsgesetzes §. 6 die krankenkaßliche Fürsorge während der ersten dreizehn Wochen aus eigenen Mitteln zu übernehmen. Solche erstreckt sich auf freie ärztliche Behandlung, Arzenei und sonstige Heilmittel, wie Brillen, Bruchbänder, künstliche Gliedmaßen, sobald letztere innerhalb dieser Frist erforderlich werden. Dahin sind auch die Kosten für Beförderung des Erkrankten in ein Krankenhaus (Erk. d. O.-V.-G.[2] v. 17. Dezember 1891) zu rechnen. Mit der bloßen Gewährung der allernothwendigsten Verpflegung, auf welche das alte Gesinderecht sich beschränkt, ist es also nicht abgethan und jedenfalls die Vorschrift beseitigt, welche mit Endschaft des Dienstvertrages auch diejenige der Versorgungspflicht der Herrschaft eintreten läßt. Mag man selbst die Bestimmung aufrecht erhalten, wonach mit diesem Zeitpunkte der Obrigkeit die Fürsorge für ein erkranktes Gesinde zufällt, so übt sie solche doch nicht mehr kraft ihrer armenrechtlichen Unterstützungspflicht aus, erlangt vielmehr kraft gesetzlicher Cession einen Erstattungsanspruch (K.-V.-G. §. 57, U.-V.-G. §. 8) gegen den ursprünglich dazu Verpflichteten, welcher (Erk. d. O.-V.-G. v. 15. Februar 1892) erst mit Ablauf der ordentlichen dreißigjährigen Verjährung untergeht, weil die abgekürzten Fristen (G. v. 31. März 1838 §. 1[3]) zwar für Verpflegungsanstalten, nicht aber Armenverbänden gegenüber Anwendung finden. Was innerhalb der gesetzlichen Grenzen dem durch einen Bauunfall beschädigten Dienstboten seitens des in die Verpflegung eingetretenen Ortsarmenverbandes verabfolgt wurde, wird diesem auf erhobene Klage gegen die Dienstherrschaft gerichtsseitig zuerkannt werden müssen.

Während nach Gesinderecht die Herrschaft wohl befugt erscheint, die Dienstleistungen insoweit zu fordern, als die vorhandenen Krankheitserscheinungen und der verbliebene Kräftezustand solches gestatten, und während sie rechtsunbedenklich für gewöhnlich auf Rechnung des Gesindes eine andere Arbeitskraft dingen kann, so ändert sich dies, wenn ein in Folge des Dienstverhältnisses zugezogener Bau-

Digitized by Google

unfall die Ursache der Krankheitserscheinungen wurde. Denn es hat der Betriebsverletzte (K.-V.-G. §. 6) Anspruch auf ein Krankengeld in Höhe der Hälfte des ortsüblichen (K.-V.-G. §. 8) Tagelohnes, welches mit Beginn der fünften Krankheitswoche (U.-V.-G. §. 5 Abs. 9) sich auf $66^2/_3$ Prozent erhöht. Höchstens könnte dieses theilweise auf den Arbeitslohn der angenommenen Arbeitskraft verrechnet und mit ihm den vom Unfallstage ab fällig werdende Arbeitslohn gegenaufgerechnet werden. Umgekehrt kann das Verlangen, die ausführbaren Dienste auch zu leisten, leicht zur Folge haben, die seitens der Baugewerks-Berufsgenossenschaft zur Abfindung des Betriebsverletzten gemachten Aufwendungen erstatten zu müssen. Wenn nämlich nachweisbar die ursprünglichen Krankheitserscheinungen in Folge unrichtigen Verhaltens oder ungeeigneten Heilverfahrens verschlechtert wurden und, dadurch bedingt, ein ungünstiger, die Erwerbsfähigkeit beeinträchtigender Verlauf sich herausstellte, wird der aus Unfallversicherungsgesetz §. 98 begründbare Ersatzanspruch gerichtsseitig schwerlich versagt werden dürfen, zumal seit die Krankengesetznovelle in §. 76c in dieser Richtung Wandlung schuf und etwaige Zweifel beseitigte. Denn wer eine dem Anderen schuldige Pflicht aus Vorsatz oder grobem Versehen verletzt, ist diesem (A. L.-R. I. 6 §. 11) zur vollen Genugthuung verpflichtet. Als Schadensurheber wird (ebd. §. 26) aber rechtlich vermuthet, wer gegen eine auf Schadensverhütung abzielende gesetzliche Vorschrift fehlte. Diese Absicht wohnt aber bei sowohl den auf Grund des Unfallversicherungsgesetzes §. 78 erlassenen Unfallverhütungsvorschriften, ferner den durch Gewerbeordnung §. 120a in der Fassung des Gesetzes vom 1. Juni 1891 angeordneten Schutzvorrichtungen und Sicherungseinrichtungen, endlich den Verhaltungsmaßregeln des Krankenversicherungsgesetzes §§. 6a, 76b in der Fassung des Gesetzes vom 10. April 1892, deren Beachtung (B.-U.-V.-G. §.44) allen Denjenigen obliegt, welche Bauarbeiten im engeren oder im weiteren Sinne in Selbstregie ausführen lassen, was zutrifft, wenn die Dienstherrschaft deren Verrichten ihrem Gesinde aufträgt. Diese ist daraus verpflichtet, in gleicher Weise, wie der gewerbsmäßige Unternehmer eines Baubetriebes, sich darum zu kümmern, daß die dabei gebrauchten Geräthschaften, wie Leitern, sich in gutem, zweckdienlichen Zustande befinden, sowie daß die hierfür verwendeten Arbeitskräfte nicht durch

Digitized by Google

physische oder psychische Anlagen, wie z. B. Hang zu Schwindelanfällen, durch ungeeignete Kleidung oder durch selbstzugezogene Unsicherheit, z. B. in Folge Angetrunkenseins, außer Stande gesetzt sind, für die ihnen übertragenen Arbeiten verwendbar zu sein. Denn der Umstand, daß ihm alle diese unbekannt geblieben, befreit ihn davon nicht, dafür haften zu müssen, weil mit Unkenntniß gehörig verkündeter Gesetze sich ja Niemand entschuldigen darf, vielmehr um alle für ihn wissenswerthen Jeder sich kümmern muß. Dies trifft auch hier zu, wo aus den den Arbeiterschutz betreffenden Gesetzen Jeder sich herausſuchen muß, was er braucht, um gegen Rechtsnachtheile sich wirksam zu schützen. Dahin gehört aber auch, daß der ordentliche Rechtsweg über die Fragen, ob ein Bauunfall vorliegt und worauf die Krankenfürsorge sich zu erstrecken habe, ausgeschlossen ist, weil zur Entscheidung der ersteren die Schiedsgerichte und das Reichs-Versicherungsamt (U.-V.-G. §. 62, V.-U.-V.-G. §. 38), der letzteren die Verwaltungsgerichte (K.-V.-G. §. 58[2], U.-V.-G. §. 5[11]) gesetzlich berufen wurden. Deshalb wird nur auf befreiende Einreden in Rechtsstreiten über Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse und über Regreßansprüche gegen den schuldhaften Urheber eines Schadensfalles die Entscheidung der ordentlichen Gerichte eintreten, sobald ein dem Gesinde in Folge seiner Dienstverrichtungen zugestoßener Bauunfall den Rechtsgrund hierfür abgiebt.

Digitized by Google

Literatur.

I.

Civilistische Rundschau.

Von Dr. **Ludwig Goldschmidt,**
Richter am Landgericht Bochum.

Vor etwa sechs Jahren veröffentlichte Hölder die erste Lieferung seiner Pandekten. Allgemeiner Theil. Der zwischenzeitig veröffentlichte Entwurf des Reichscivilgesetzbuches legte dem Verfasser die Frage nahe, ob nicht in dem Plane seiner Arbeit insofern eine Aenderung vorzunehmen sei, als er dem auf der Grundlage des gemeinen Rechts beruhenden Entwurf eingehende Berücksichtigung zu Theil werden ließe. Verfasser bejahte dies bezüglich der allgemeinen Lehren, hinsichtlich welcher das gemeine Recht einer ungleich geringeren Abänderung als bezüglich seiner einzelnen Theile durch das in der Entstehung begriffene Gesetzbuch entgegensteht. Aus dieser Erwägung ging die nunmehr vorgelegte Neubearbeitung hervor: Pandekten. Allgemeine Lehren mit Rücksicht auf den Civilgesetzentwurf (Freiburg 1891. J. C. B. Mohr. 402 S.). Verfasser erstrebt, ohne die Absicht voller Erschöpfung des Stoffes, eine systematische, der inneren Begründung nicht entbehrende Entwickelung, welche sich ebenso an den wissenschaftlich denkenden Praktiker, wie an den wissenschaftlich strebenden Studirenden wendet. Referenten will es scheinen, als ob gerade bezüglich der Lehren des allgemeinen Theiles die Bedürfnisse beider Interessentenkreise zu weit auseinander gingen, als daß ein Werk beiden gleichmäßig Genüge leisten könnte. Für diesen ist die Entwickelung des juristischen Denkens, die Beförderung der Freude an der Materie, bei jenem die Gewährung von Material und Gesichtspunkten in durchsichtiger Anordnung die Hauptsache. Dieser soll gehen lernen, jener Wegweiser haben, auf daß er auf seinem Wege nicht irre gehe. Jenem muß Alles, diesem die Richtung angegeben werden. Der Gehkorb, an dem das Kind allein gehen kann, wird dem Manne zum beschwerlichen Hinderniß, durch das er in dem Eifer, vorwärts zu kommen, behindert und gestört wird. In der That erscheint die Arbeit mehr für den auf der Höhe stehenden, wie auf den dieselbe noch er-

Digitized by Google

klimmenden Juristen geschrieben. Für letzteren wäre schon der Umstand beschwerend, daß die manchmal recht abstrakten Ausführungen des Textes den rechten, eine lebendige Vorstellung gebenden Gehalt erst in den ausführlichen Anmerkungen finden, eine Erschwerung, wie bei dem in seiner Art trefflichen Arndts'schen Lehrbuch, welchem trotz all' seiner sachlichen Vorzüge von weit geringwerthigeren Erzeugnissen das Terrain mehr und mehr abgegraben wird. Von den behandelten Materien (Personen, Sachen, Thatsachen, Rechte, Feststellung der Rechtsverhältnisse) haben die „Thatsachen" eine besonders liebevolle und fruchtbare Behandlung erfahren. Mancherlei Widerspruch kann und wird nicht ausbleiben; je anregender eine Arbeit, um so mehr Gegenäußerungen ruft sie hervor. So, um Eins hervorzuheben, die Behauptung, daß die Pertinenzfrage eine bloße Frage der Auslegung der Rechtsgeschäfte ist. Das ist sicherlich unrichtig, wie schon die einfache Erwägung ergiebt, daß die Frage, was als Pertinenz einer bestimmten Sache in Betracht kommt, sich auch jenseits des rechtsgeschäftlichen Gebiets aufwirft. Man denke an die gesetzlichen Pfandrechte, den gesetzlichen Nießbrauch. Wenn ferner (S. 247) behauptet wird, daß der bedingte Rechtsakt bis zur Erfüllung der Bedingung dem Gebiete der Zukunft angehört, wie erklärt es sich, daß bei bedingter Novation der Untergang der alten Obligation schon vor erfüllter Bedingung eintritt (Gaius III. 1, 79) und, daß auch die Lehre der späteren römischen Juristen die Geltendmachung der alten Obligation während schwebender Bedingung nicht zuließ? (l. 50 D. de jure dot. 23, 3, l. 36 D. de reb. cred. 12, 1). Wenn ferner die Bedingung, unter welcher Jemand zum Erben in einem späteren Testament eingesetzt ist, ausfällt, so bleibt das erstere Testament aufgehoben (l. 3 §. 4, l. 16 D. de test. 28, 3, l. 76 §. 4 D. de test. mil. 29, 1, §. 2 J. de test. 2, 17), was auch nicht recht mit des Verfassers These stimmen will. Daß Wechsel und Schuldschein sich nicht durch ihren Inhalt, sondern nur durch den Grad der ihnen zukommenden Geltung unterscheiden und daher der wegen Formmangels ungültige Wechsel einen gültigen Schuldschein darstellt, ist eine Behauptung, welche kaum schlechthin Anerkennung finden dürfte. Schuldschein und Wechsel sind völlig inkommensurable Größen, nicht aber lediglich graduell verschieden wirkende Akte. Jene Auffassung ist auch in ihren praktischen Konsequenzen nicht ungefährlich; es muß daher gegen sie Verwahrung eingelegt werden. — Eine eigenartige Samulung von Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil- und Strafrechts legt uns A. Heß (Hamburg 1892. Otto Meißner. 62 S.) vor. Dieselben erörtern den natürlichen Besitz, Wette und Spiel und den Satz „sapienter volenti non fit injuria". In der ersteren Abhandlung wird auszuführen versucht, daß es keinen Besitz, sondern nur einen Besitzbegriff (!) gebe; die zweite stellt den Unterschied zwischen Spiel und Wette auf das Moment ab, daß der Wettende von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptung überzeugt ist, der Spieler aber nicht; die dritte ist wesentlich strafrechtlichen Inhalts. Die Beweisführung ist mehr eigenartig als überzeugend. — Auf sachenrechtlichem Gebiete begegnen uns zuvörderst zwei Arbeiten kommentarischen Charakters. Zunächst das

Digitized by Google

Preußische Grundbuchrecht von E. Schwartz, 1. Band (Berlin 1892/93. Carl Heymanns Verlag. XVI. und 1196 S.). Der Verfasser hat eine groß angelegte Darstellung des Grundbuchrechts in Angriff genommen, welche nach einer wesentlich historischen Einleitung in sieben Abschnitten die Einführungsgesetze, das materielle Recht, das Grundbuch, die Kosten, die Stempelabgaben, die Bureauverwaltung in Grundbuchsachen und endlich das Verhältniß von Grundbuch und Kataster behandeln soll. Der vorliegende erste Band enthält die Einleitung, die Einführungsgesetze, das materielle Recht, insbesondere das kommentirte Eigenthumserwerbsgesetz, und die Lehre vom Grundbuche, insbesondere die kommentirte Grundbuchordnung. Die Kommentare tragen eine Fülle reichs- und landesgerichtlicher Entscheidungen zusammen. Ein näheres Eingehen auf die Arbeit soll erfolgen, sobald dieselbe vollständig vorliegt. Der andere Kommentar auf sachenrechtlichem Gebiet ist der umfassende zum Preußischen Enteignungsgesetz von Georg Eger. Dem ersten 1887 erschienenen, bis §. 14 des Gesetzes sich erstreckenden Bande ist nun der zweite (Schluß) Band gefolgt (Breslau 1891. J. U. Kerns Verlag [Max Müller]. XXIV. und 626 S.). Der vorliegende Band bietet im wesentlichen die Einzelfragen des Enteignungsrechtes, nachdem der erste Band die großen Grundsätze der Lehre dargestellt. Diese Einzelfragen aber sind es, welche die Praxis, der die Arbeit vor Allem zu dienen berufen ist, am meisten beschäftigen und für welche sich dieselbe kaum jemals vergeblich rathsuchend an das erschöpfend gearbeitete Werk wenden wird. — Aus dem Besitzrecht ist die Fortsetzung der Interdikte des römischen Rechtes von A. Ubbelohde, Zweiter Theil (Sonderausgabe von Glück's Pandektenkommentar, Serie der Bücher 43 und 44) zu erwähnen. Der vorliegende Band behandelt das Verfahren (S. 1—295), die Entstehung und die Bedeutung desselben (S. 295—385), die Natur der durch den Interdiktenschutz geschaffenen Rechtsverhältnisse (S. 385—405), den Untergang des Interdiktenverfahrens (S. 405—490), die Klagen ex causa der Interdikte von der Glosse bis zur Gegenwart (S. 491—536) und in einem Anhang den index pedaneus der Pandekten (S. 537—560). Der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches hat an zwei Stellen Berücksichtigung erfahren. Von den mannigfachen ex causa prohibitorischer Interdikte entspringenden Rechtsbehelfen hat der Entwurf drei, nämlich die Klagen wegen Störung der Inhabung (§§. 820 ff.), wegen Verhinderung an oder Störung in der Ausübung einer Grunddienstbarkeit (§. 979) und einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§. 1048) aufgenommen. Dieselben gehen auf Wiederaufhebung und Unterlassung von Störungen, nicht auch auf Schadenersatz. Die Einrede fehlerhafter Inhabung gegenüber der Klage wegen Besitzstörung gestattet der Entwurf schlechthin. Statt dessen wird mit Wendt (Archiv für die civilistische Praxis Bd. 74 S. 147) die Bestimmung des §. 819 für genügend erachtet, daß die Besitzklage durch verbotene Eigenmacht begründet werde. Denn gerade dann habe von selbst die Vertheidigung Raum, daß kein Fall verbotener Eigenmacht vorliege, und der Beklagte werde ohne weiteres die Vorschriften des §. 815 zur Geltung bringen können, daß er

Digitized by Google

nur gethan habe, was ihm hier zu thun gestattet sei. Durch die Ubbelohde'sche Schrift hat die Interdiktenlehre eine ebenso wissenschaftlich gehaltvolle, wie durch die Besonnenheit der Schlußfolgerungen praktisch werthvolle Neubearbeitung erfahren. — Das dingliche Sicherungsgeschäft in der Form der Veräußerung unter Eigenthumsvorbehalt ist Gegenstand einer scharfsinnigen, vom Standpunkt der lex lata nicht minder, wie vom Standpunkt der lex ferenda aus bedeutenden Arbeit geworden: W. Hausmann, Die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung, das sog. Abzahlungsgeschäft (Berlin 1891. R. v. Deckers Verlag. X und 202 S.). Welche Bedeutung jenes Geschäft im heutigen Rechtsleben gewonnen, beweist fast eine jede Gerichtssitzung in den industriellen Gegenden, beweist ferner und vor Allem der Umstand, daß die Gesetzgebungsfaktoren wiederholentlich sich veranlaßt sahen, der Regelung desselben näher zu treten: in Oesterreich stammen mindestens 50 Prozent aller Bagatellklagen, bei einzelnen Gerichten sogar 80 Prozent aus sog. Ratengeschäften. Mit der danach wohl kaum zu leugnenden Unentbehrlichkeit solcher Geschäfte muß der Gesetzgeber rechnen; allein das besagt nicht, daß derselbe gegenüber den zweifellosen Härten, welche sie im Gefolge haben, die Hände in den Schooß legen und ruhig abwarten dürfe, ob das „Spiel der ökonomischen Kräfte" von selbst den im Interesse der Allgemeinheit nothwendigen Ausgleich herbeiführe; denn dazu wäre die nothwendige Voraussetzung, daß Kraft gegen Kraft stände, während die Thatsachen es täglich lehren, daß der ökonomischen Kraft die ökonomische Ohnmacht gegenüber steht. Es handelt sich hier um das Problem, den Unbemittelten, den die staatliche Fürsorge für den Fall der Krankheit und der Arbeitsunfähigkeit bereits sicher zu stellen versucht hat, dem man sich bemüht eine gesunde Wohnung zu verschaffen, nunmehr auch in seiner Häuslichkeit zu schützen, auf daß derselbe nicht, wenn der Gerichtsvollzieher seines Amtes gewaltet hat, in kahlen, kalten Räumen zurückbleibe. Die vielgescholtenen Abzahlungsgeschäfte bieten dem Unbemittelten diesen Schutz. Ein Verbot derselben würde dessen Lage nur verschlechtern; vielmehr kann nur in Frage kommen, die Materie so zu regeln, daß die Nothlage der Unbemittelten unter Wahrung der gewerblichen Interessen gebessert werde. De lege ferenda wird gefordert danach die Hinzufügung eines Absatz 5 zu §. 427 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches: Vereinbarungen, welche den Vorschriften des §. 427 widersprechen, sind bei Veräußerungen beweglicher Sachen gegen Ratenzahlungen unwirksam, sofern der Zahlungspflichtige nachweist, daß ihm bei der Nichterfüllung seiner Verpflichtungen weder Vorsatz, noch Fahrlässigkeit zur Last fallen. Ferner der Zusatz zu §. 396 a. E.: „— oder wenn die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlungen Gegenstand des Vertrages ist", und der Zusatz zu Art. 271 Nr. 1 H.-G.-B.: „Die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlungen ist kein Handelsgeschäft, sofern nicht das Geschäft auf der Seite des Erwerbers der Sache ein Handelsgeschäft ist." Der Klage des Veräußerers auf Herausgabe der Sachen und Zahlung der rückständigen Raten würde der Erwerber die Einrede bezw. Widerklage entgegensetzen dürfen, daß er nur gegen Erstattung des den Nutzungswerth übersteigenden Betrages der

Digitized by Google

von ihm bereits geleisteten Anzahlungen zur Herausgabe verpflichtet sei. Der Typus der rechtlich interessirenden Abzahlungsgeschäfte ist der Möbelleihvertrag, welchen Verfasser mit Brünneck (Gruchot Beiträge Bd. 10 S. 344) für einen Miethsvertrag ansieht, der sich unter einer Bedingung in einen Kauf umwandeln soll. Dieser Auffassung ist jedoch sogleich ein Gegner erwachsen, welcher nachzuweisen sucht, daß die Brünneck-Hausmann'sche Auffassung der rechtlichen Natur des sog. Leihvertrages nicht haltbar sei: E. Höhne, Die gesetzliche Regelung der Raten- und Abzahlungsgeschäfte (Berlin 1891. Siemenroth und Worms. 144 S.). Derselbe meint, wenn von Hause aus ein Miethsvertrag vorläge, so wäre derselbe mit der Zahlung der letzten Rate erfüllt, durch welche eine vollständige Ausgleichung von Recht und Pflicht hinsichtlich der Miethsobligation vorliegen würde; der Vertragsinhalt wäre konsumirt, die Forderungsrechte zerstört, der Miethskontrakt etwas Gewesenes. Dabei übersieht Verfasser aber, daß ein und dieselbe Leistung zu gleicher Zeit einen doppelten Charakter haben, einem doppelten rechtlichen Zweck dienen kann. Man denke an den bekannten Mieths-Kaufvertrag bei Gajus, dessen Gegenstand Gladiatoren sind. Nach Höhne ist der sog. Mobiliarleihvertrag bald ein pactum de vendendo unter der Bedingung der vorhergehenden faktischen Regulirung desjenigen Kaufvertrages, welcher den Gegenstand des pactum de vendendo ausmacht, bald ein Kaufvertrag mit Kreditirung des in kontraktlich bestimmten Raten zu erlegenden Kaufpreises und mit der Abrede, daß der Eigenthumsübergang bis zur vollständigen Abtragung des Kaufpreises suspendirt bleiben solle. Der Verfasser stellt dem Hausmann'schen einen formulirten Gesetzesvorschlag gegenüber, welcher bei den gegen die Grundauffassung des Verfassers bestehenden Bedenken als geeignete Regelung der schwierigen und wichtigen Materie nicht angesehen werden kann. Im Einzelnen bringt der §. 6 des Höhne'schen Gesetzesvorschlags keine erhebliche thatsächliche Neuerung, insofern die Abzahlungsgeschäfte nach der Erfahrung des Referenten schon jetzt wohl überwiegend schriftlich abgeschlossen werden. Der §. 7 eröffnet eine unabsehbare Fülle von Streitigkeiten und bietet, zumal da ein Prozeß regelmäßig erst lange nach Abschluß des Vertrages stattzuhaben pflegt, bei der Beweispflicht des Käufers letzterem kaum mehr als die Möglichkeit eines prozessualen Glücksspiels. Der §. 11 dürfte im §. 10 bereits mit enthalten sein. Der §. 14 durchbricht in einer nicht unbedenklichen Weise die den Civilprozeß beherrschende Verhandlungsmaxime, ohne hierfür angesichts der amtsgerichtlichen Fragepflicht einen ausreichenden Grund anzuführen. In §. 17 ist nicht ersichtlich, worauf die „natürliche" neben der „vertragsmäßigen" oder „gesetzmäßigen" Beschaffenheit der Sachen geht. §. 18 Abs. 2 läßt den Zweifel erstehen, wie es sei, wenn die Sachen nach Ablauf von fünf Jahren zu Grunde gehen. Der §. 20 läßt die Verjährung nur durch Zustellung der Klage unterbrechen. Soll ein Anerkenntniß nicht genügen? Das hieße die Interessenten zu Prozessen drängen. Wie ist es mit der Zustellung eines Zahlungsbefehls, mit der Anmeldung im Konkurse? Die §§. 16, 18 mit der Bezugnahme auf das Preußische Landrecht und den Satz „casum sentit dominus" scheinen darauf

Digitized by Google

zu deuten, daß der Verfasser ein Gesetz nur für dieses Rechtsgebiet wünscht. Warum denn aber nicht auch für das gemeinrechtliche und französisch-rechtliche Gebiet? — Auf dem Gebiet des Obligationenrechtes liegt zunächst eine Abhandlung von Ferdinand Reinhold, Quittungskosten und Quittungspflicht (Wien 1892. M. Breitenstein. 66 S.) vor. Verfasser stellt den Satz auf, daß die Kosten der Quittirung einer aus einem Stellvertretungsverhältniß entstandenen Forderung (Mandat, Kuratel, Sequestration, negotiorum gestio, Finden, Rettung) stets den Vertretenen, in Ansehung aller sonstigen Forderungen den Schuldner treffen. Das Ergebniß dürfte im Wesentlichen richtig sein. Die Formulirung aber ist eine wenig glückliche. Stellvertretung ist wohl im Sinne von Interessenvertretung gemeint und das Interessenmoment ist es thatsächlich, nach welchem sich die vorliegende Frage beantwortet. Unbeantwortet läßt der Verfasser den Fall, wenn in die Form der Quittirung sich ein Erlaßvertrag kleidet. Freilich herrscht über dessen Wesen und Wirkung gegenwärtig noch lebhafter Streit, dessen Ende nur abzusehen ist von einer gründlichen Untersuchung seiner historischen Grundlagen. Einer solchen ist die Arbeit von P. A. Altmann gewidmet: Der Erlaßvertrag und der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erstes Heft. Geschichtliche Grundlagen (Leipzig 1891. Duncker & Humblot. IV. und 88 S.). Bis in das siebzehnte Jahrhundert suchte man in der Theorie die Existenz und Geltung der römisch-rechtlichen Erlaßverträge in mehr oder minder gewundener Weise aufrecht zu erhalten; erst im 17. Jahrhundert erkannte man, daß deutsches Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch eine Verschmelzung der acceptilatio mit dem pactum de non petendo in rem bewirkt, genauer ein pactum de non petendo mit direkt obligationstilgender Wirkung geschaffen hätten, — eine Wandlung, welche allmählich auch die Theorie anerkannte und welche auch für die Folgezeit trotz mancher widerstrebender Richtungen maßgebend geblieben ist. Eine gründliche, die wirthschaftliche wie die rechtliche Seite der Materie erschöpfend behandelnde Arbeit ist H. Jacoby, Die Krediterkundigung (Berlin 1891. Julius Springer. 117 S.). Dieselbe zerfällt in zwei Theile, deren erster die wirthschaftliche Seite der Krediterkundigung auf Grund einer ebenso klaren wie erschöpfenden Darstellung der in Betracht kommenden Momente erörtert, und in der Forderung der durch keine Konzessionspflicht beschränkten Gewerbefreiheit ausläuft. Daran schließt sich die Erörterung der privatrechtlichen Seite der Auskunftsertheilung. Die Gefälligkeitsauskunft erscheint juristisch als Rath; der Auskunftgeber haftet für dolus, nicht auch für culpa lata. Der gewerbsmäßige Auskunftgeber ist nicht Kaufmann. Der zwischen ihm und dem Fragesteller geschlossene Vertrag stellt sich als locatio conductio operis dar. Der Beauftragte steht für eigenes, wie für das Verschulden seiner Angestellten ein. Die der ertheilten Auskunft beigefügte Klausel „ohne Obligo, ohne materielle Garantie" schließt die Haftung für beiderlei Verschulden, auch wenn es sich als culpa lata darstellen sollte, aus (?). Der Verfasser will de lege ferenda die Haftung des

Digitized by Google

Bureaus für culpa lata ausgeschlossen, hingegen den Abonnenten für jede culpa haften lassen (S. 107), was insbesondere hinsichtlich der demselben bezüglich der erhaltenen Auskunft vertragsmäßig regelmäßig auferlegten Diskretionspflicht zu sachlich kaum gerechtfertigten Härten führen dürfte. — Max Apt legt eine Abhandlung über Die Pflicht zur Urkundenedition in dogmengeschichtlicher Entwickelung (Berlin 1892. Max Hochsprung. 74 S.) vor. Das klassische römische Recht erkannte eine prozessuale Editionspflicht nur an, wenn der Kläger in jure Urkunden vorgelegt bezw. in der Klagschrift auf solche Bezug genommen hat. Nach Justinianischem Recht (c. 22 de fide instr. 4, 21) wird eine allgemeine Editionspflicht statuirt, man versichere denn eidlich die Besorgniß vermögensrechtlicher Nachtheile von der Vorlegung der Urkunden. Diese weitgehende Pflicht wurde von zahlreichen Partikularrechten übernommen, insbesondere auch von der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung (§§. 89, 91 I. 10). Die Deutsche Civilprozeßordnung statuirt in §. 388 eine prozessuale Editionspflicht bezüglich aller in der mündlichen Verhandlung oder in einem vorbereitenden Schriftsatz in Bezug genommenen Urkunden. Die materiellrechtliche Editionspflicht war bei den Römern ein Fall der Exhibitionspflicht; das Interesse am Inhalt der Urkunde war zuvörderst völlig schutzlos, bis Ulpian wenigstens im Prozeß gegenüber dem Argentarius dem Recht am Inhalt der Urkunde privatrechtlichen Schutz angedeihen ließ (l. 4 §. 1 D 2, 13). Die Gemeinschaftlichkeit der Urkunde war dabei das sachlich treibende Moment und dieses Moment mit seinem durchaus civilistischen Gehalt mußte weiter die Beschränkung der Editionspflicht auf den Prozeßfall als eine unnatürliche Fessel empfinden lassen und zu der Erkenntniß führen, daß der Begriff der Gemeinschaftlichkeit ein durchaus civilistischer sei. Die Bestimmungen über diese materiellrechtliche Pflicht enthält die Civilprozeßordnung; das Reichsgericht, wie die Kommentatoren der Prozeßordnung irren, wenn sie meinen, daß im §. 387 lediglich die prozessuale Editionspflicht geregelt sei. Der §. 387 schafft civilistische Rechtseinheit für den Fall eines anhängigen Prozesses. Auch die in §. 394 bestimmte Editionspflicht Dritter ist durchaus civilistisch. Der §. 775 des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches bestätigt die civilistische Natur der von der Civilprozeßordnung statuirten Editionspflicht, indem er dieselbe zu der seinen macht, ohne die Voraussetzung eines anhängigen Prozesses aufzustellen. Hierbei wird auf den Zirkel hingewiesen, daß der Entwurf auf die Bestimmungen der Prozeßordnung, diese aber (§§. 394, 387) wiederum auf das bürgerliche Recht verweist. Die Richtung, in welcher sich die Entwickelung bewegt, ist Ausdehnung der materiellrechtlichen, Einengung der prozeßrechtlichen Editionspflicht. Diese Entwickelung ist durchaus gesund. Eine Ausdehnung der prozessualen Editionspflicht würde dazu führen, Prozesse anzustellen, vielleicht um ein überaus minimales Objekt, lediglich um einen Geschäftsbrief vorgelegt zu erhalten, dem man die werthvollsten Daten entnehmen kann. Man denke auch an den groben Unfug, der auf diesem Wege etwa mit Familienbriefen getrieben werden könnte. Einem Spionierſystem sonder Gleichen wäre Thür und Thor geöffnet (S. 78). Die besonnene Art der vom Verfasser

Digitized by Google

geübten Beweisführung läßt uns die für eine andere Gelegenheit in Aussicht gestellte Besprechung der ausländischen Gesetzgebung bald erwünschen. — Das Eherecht ist durch eine gründliche Arbeit von Eduard Hubrich, Das Recht der Ehescheidung in Deutschland (Berlin 1891. Otto Liebmann. VIII und 278 S.) vertreten. Der Verfasser behandelt in ausführlicher Darstellung das gemeine — katholische wie protestantische — Ehescheidungsrecht, das Ehescheidungsrecht des Preußischen Landrechts, des code Napoléon und des Deutschen Entwurfes. Mit den Bestimmungen des Letzteren ist der Verfasser im Wesentlichen einverstanden; die Anknüpfung an die Grundsätze des gemeinen protestantischen Scheidungsrechts, wie dieselben von der neueren Praxis vertreten werden, und an die Prinzipien der preußischen Reformentwürfe aus den vierziger und fünfziger Jahren, insbesondere die Aufstellung des Verschuldens als Voraussetzung für die Ehescheidung und die Anerkennung freien richterlichen Ermessens in Ehescheidungssachen werden gebilligt, die Beseitigung des landesherrlichen Scheidungsrechts bedauert. Der Ausschluß der Ehescheidung wegen unheilbarer Geisteskrankheit, wegen Religionsveränderung u. a. lassen das Fortbestehen des Institutes der landesherrlichen Ehescheidung für besonders gelagerte Fälle wünschenswerth erscheinen. Die von mancher Seite geforderte Erschwerung der Ehescheidung im Interesse der Stärkung des Ansehens der Ehe im Volke wird für entbehrlich erachtet, wenn der an der Scheidung schuldige Ehegatte mit Freiheitsstrafe bedroht wird. Die Bestrafung soll von Amtswegen stattfinden, eines Antrages des unschuldigen Theiles nicht bedürfen. Dies ist recht bedenklich. Eine solche Bestimmung würde mit dem doppelten Prozeß — nach dem Ehescheidungsprozeß der Strafprozeß — dem unschuldigen Theil regelmäßig mehr psychisches Leid zufügen, als dem schuldigen Theil die Verurtheilung. Ebenso bedenklich ist die weitgreifende Behauptung, daß in Folge des laxen Scheidungsrechtes des A. L.-R. das Ansehen der Ehe bei den niederen Bevölkerungsschichten sehr viel verloren hat. Hat es überhaupt verloren, wofür auch nicht einmal der Versuch eines Nachweises gemacht ist, — woraus geht denn hervor, daß dies die Folge des laxen Scheidungsrechtes des Landrechtes ist? Wäre dem so, so müßten nachweisbar die ehelichen Verhältnisse der nichtlandrechtlichen Bezirke Preußens unter sonst gleichen Bedingungen bessere sein als die der landrechtlichen Gebietstheile. Dieser Nachweis aber soll doch wohl erst noch erbracht werden. Für das Ansehen der Ehe sind eine solche Menge jenseits des Einflusses der Rechtsordnung stehender Momente maßgebend, daß diese letztere nur in einem verhältnißmäßig beschränkten Maße zur Hebung desselben beitragen kann. Aus dem Gebiet des ehelichen Güterrechts liegt in zweiter Auflage die bekannte Arbeit von L. Heck, Das eheliche Güterrecht und das Intestaterbfolgerecht nach dem in der Provinz Pommern geltenden Lübischen Rechte und der Pommerschen Bauernordnung (Berlin 1892. Franz Vahlen. VIII und 155 S.) vor. Dieselbe, vorwiegend dem Dienste der Praxis bestimmt, ist für dieselbe ein gern benutzter Leitfaden, den ebenso seine übersichtliche Anordnung und durchsichtige Darstellung, wie seine inhaltliche Zuverlässigkeit auszeichnet;

Digitized by Google

die Nothwendigkeit einer Neuauflegung des für einen verhältnißmäßig engen Leserkreis bestimmten Werkes beweist die Anerkennung dieser Vorzüge durch denselben. — Das im Ganzen geringer literarischer Pflege sich erfreuende Gebiet des Vormundschaftsrechts weist in der Berichtsperiode eine tüchtige Arbeit auf: Adamkiewicz, Der Rechtsbegriff der Kuratel — die Pflegschaft — in systematischer Darstellung mit Bezug auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Berlin 1892. Carl Heymanns Verlag. VI und 232 S.). Die herkömmliche Behandlungsweise der Kuratel als Appendix der Vormundschaft drängte dem Verfasser die Frage auf, ob dabei nicht die Eigenart des Institutes Schaden nehme; die Lösung aus der dasselbe erdrückenden Umschließung durch das Vormundschaftsrecht sollte demselben seine Eigenart und Selbständigkeit wiedergeben, wodurch das Institut auch an praktischer Verwerthbarkeit und Ausgestaltungsfähigkeit gewinnt. Die umfassend angelegte Arbeit behandelt nach einer Einleitung über den Ursprung und die Bedeutung der Begriffe Kuratel und Pflegschaft das römische Recht, die deutschrechtliche Entwickelung, das preußische Recht, das ausländische Recht und den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches. Nach römischem Recht ist die Kuratel eine eigenartige, von der Vormundschaft sich nach Inhalt und Umfang scheidende Sonderschöpfung; sie ist die obrigkeitlich angeordnete außerordentliche Fürsorge für physische Personen oder Sachen. Die cura minorum ist dann in Deutschland allmählich in der Altersvormundschaft aufgegangen. Das Preußische Landrecht baut auf der römischen Grundlage weiter, acceptirt insbesondere die prinzipielle Scheidung der Kuratel von der Vormundschaft; neu aber ist die Umwandlung der Kuratel in ein rein vormundschaftliches Institut, auf welches die Bestimmungen über die Vormundschaft entsprechend Anwendung finden sollen, wodurch beide prinzipiell gesonderten Institute wieder in innere Beziehung gesetzt werden. Die Pflegschaft ist eine auf einzelne Angelegenheiten beschränkte Vormundschaft (S. 110), während freilich nach Seite 121 „bei einer eingehenden Zergliederung der Rechtsbegriffe sich der vormundschaftliche Rechtscharakter der Pflegschaft in den Hauptsonderarten — der Nachlaßpflegschaft und der Pflegschaft der Leibesfrucht — doch in mehr als einer Beziehung illusorisch" erweist. Der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches geht von der Auffassung aus, daß die Pflegschaft nicht minder Vormundschaft sei wie die Vormundschaft im technischen Sinne, während thatsächlich zwischen beiden klare, scharfe Schranken bestehen: der Vormund ist vermuthlich allgemeiner Repräsentant des Mündels, der Umfang seiner Befugnisse ist gesetzlich bestimmt; der Pfleger ist Repräsentant des Pfleglings nur in beschränktem Umfang; diesen Umfang bestimmt der bestellende Richter; der Pfleger ist von Staatswegen bestellter Spezialbevollmächtigter. Beim Vormund hat die richterliche Bestellung deklarativen, beim Pfleger konstitutiven Charakter (S. 183). Auf diesem Standpunkt stehe auch der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches (Motive Bd. 4 S. 1011) und damit sei es schlechthin unvereinbar, daß die Pflegschaft ebenso Vormundschaft sein solle wie die technisch sogenannte Vormundschaft. Es sei eine paradoxe Hypothese: die Pflegschaft sei Vormund-

Digitized by Google

schaft, aber sie dürfe der Vormundschaft thatsächlich doch nicht gleichkommen. Damit sei man in einen circulus inextricabilis gerathen, aus dem nur die Anerkennung der Pflegschaft als einer eigenartig geordneten Fürsorge führt. Die Vormundschaft sei nicht das Allgemeine, die Pflegschaft das Besondere. Das Allgemeine sei vielmehr die staatlich angeordnete Fürsorge für Personen oder Angelegenheiten, und Vormundschaft wie Pflegschaft seien zwei koordinirte Sonderarten. Die Pflegschaft sei ein Rechtsinstitut, dessen Eigenthümlichkeit in der Bethätigung einer obrigkeitlich angeordneten außerordentlichen Fürsorge bestehe; ein solches Rechtsinstitut aber ertrage den vormundschaftlichen Rechtscharakter nicht. Mit seinem §. 1789 desavouire der Entwurf selbst seinen Grundsatz, daß auch die Pflegschaft eine Vormundschaft sei. Denn danach werde einem schutzbedürftigen Volljährigen ein Pfleger bestellt, lediglich für die Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten, während die Vormundschaft begriffsmäßig über eine bloße Besorgung von Vermögensangelegenheiten hinausragen müsse; auch dränge sie sich dem Betroffenen selbst, wider dessen Willen auf, ohne an seine Einwilligung gebunden zu sein. Bezüglich der einzelnen Pflegschaftsfälle vermißt der Verfasser die Möglichkeit einer Spezialpflegschaft für eine einzelne Angelegenheit eines Abwesenden, z. B. eine Auflassung. Bezüglich der cura ventris wird mißbilligt, daß lediglich die Wahrung der künftigen Rechte des nasciturus, nicht auch die Alimentation der Mutter und damit die Erhaltung des keimenden Lebens Aufgabe des Pflegers ist. Der Nachlaßpfleger des Entwurfs ist Vertreter des unbekannten Erben, während dem Rechtsbewußtsein der betheiligten Kreise der Nachlaßpfleger als neutrales Organ der Nachlaßbehörde erscheint. Verfasser nennt es seltsam, daß der Vertreter diejenigen zu suchen und zu ermitteln haben soll, welche er vertritt, und daß ferner ein Nachlaßpfleger bald mehrere Miterben mit vielleicht divergirenden Willensrichtungen, bald nur einen Miterben vertreten kann (Motive Bd. 5 S. 546). Auch sei der Name „Nachlaßpflegschaft" falsch und irreleitend, richtiger müsse es „Erbespflegschaft" heißen. Die Loslösung der Pflegschaft von der Vormundschaft schaffe den Nutzen, daß ihre Anordnung nicht mehr als ein Eingriff in die autonome Rechtsstellung des Betroffenen erscheine, zumal wenn nach dem Vorgange der österreichischen Gesetzgebung die Pflegschaft nicht immer den Betheiligten sich aufdrängt, sondern sich ihnen nur darbietet. — Auf erbrechtlichem Gebiet liegt das Handbuch des Preußischen Erbrechts von F. Zürn (Berlin 1892. Carl Heymanns Verlag. XVII und 220 S.) vor. Dasselbe bietet in klarer, knapper Form eine übersichtliche Darstellung des im landrechtlichen Gebiete geltenden Erbrechts unter besonderer Berücksichtigung der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wer Gelegenheit hatte, letztere längere Zeit zu verwalten, wird das Bedürfniß nach einer solchen auch während des Dranges der Geschäfte benutzbaren Darstellung anerkennen, welche schnellen und zuverlässigen Aufschluß in Zweifelsfällen gewährt. Dies thut aber die Arbeit in dankenswerthestem Maße, indem sie zugleich schnellen und zuverlässigen Aufschluß darüber giebt, welche Ansicht bezüglich einer Frage in der Litteratur — Koch, Dernburg, Förster-Eccius, Rehbein, Märcker, Turnau — wie von

Digitized by Google

den Gerichten — Reichsgericht, Kammergericht, Appellationsgerichten — vertreten wird. Entsprechend der Bestimmung des Buches als Hülfsmittel im Drange der Amtsgeschäfte ist von einer Begründung der verschiedenen Ansichten Umgang genommen. Eine in begrifflicher wie historischer Beziehung besonders streitige erbrechtliche Einzelfrage behandelt J. Webler in seiner Schrift: Zur Lehre von der sogenannten transmissio Theodosiana (München 1891. J. Schweitzer. 24 S.). Der Verfasser gelangt zu folgendem Ergebniß. Die transmissio Theodosiana ist keine gesetzliche Substitution; sie beruht nicht auf der Fiktion geschehenen Erwerbs bezw. ipso-jure-Erwerbs. Sie ist vielmehr eine hauptsächlich durch die mit der Kaduzität der lex Julia et Papia Poppaea verbundenen Härten zu Gunsten der deszendentischen Erben des Eingesetzten veranlaßte successio in delationem. Dieselbe, abhängig in ihrer Geltung von dem Tode des Testators, ist noch post apertas tabulas möglich und gilt auch zu Gunsten des plene adoptatus, des arrogatus und des heres ex asse, nicht aber des suus heres. — Auf dem Gebiete des Reichsversicherungsrechts begegnet uns eine aus praktischer Thätigkeit hervorgegangene, rein praktischen Zwecken, nämlich der Erleichterung der Geschäftsführung dienende, kurz und präzis gehaltene Zusammenstellung der Bestimmungen der Unfallversicherungsgesetze: W. von Baumbach-Kirchheim, die Unfallversicherung. (Berlin 1892. Carl Heymanns Verlag. VIII und 326 S.) In schlichter, leicht verständlicher Form wird über die Aktiv- und Passivinteressenten bei der Unfallversicherung, die Anmeldung der Betriebe und Arbeiten, die polizeiliche Unfalluntersuchung, die Einziehung und Beitreibung der Beiträge und Strafen, die Fürsorge während der ersten dreizehn Wochen gehandelt. Die Zuverlässigkeit der anspruchslos sich gebenden Arbeit wird derselben den Weg in die Praxis bahnen. Die systematische Behandlung der Materie, welche R. Piloty begonnen (vgl. dies Archiv Bd. 4 S. 198 ff.), ist mit dem vorliegenden zweiten Bande — Robert Piloty, Das Reichsunfallversicherungsrecht, dessen Entstehungsgeschichte und System (Würzburg 1891. Georg Hertz. VII und 619 S.) — zum Abschluß gediehen. Nach einer kurzen Einleitung werden die Person des Versicherers und das Versicherungsverhältniß behandelt, eine systematisch nicht unbedenkliche Anordnung. Bezüglich des Wesens des Versicherungsverhältnisses, welches bereits im ersten Bande (S. 163 ff.) behandelt war, ließ sich der Verfasser durch die zwischenzeitig erschienene Litteratur bestimmen, dasselbe in dem vorliegenden Bande nochmals zu behandeln, was in einer systematischen Darstellung, wie sie die vorliegende Arbeit doch sein soll, unter keinen Umständen zu rechtfertigen ist. Im Einzelnen sei hingewiesen auf die Behauptung, daß die ehelichen und die unehelichen Kinder beiden Eltern gegenüber als Kinder gelten. Es dürfte jedoch mit dem Reichsversicherungsamt das uneheliche Kind nur der Mutter gegenüber als Angehöriger zu gelten haben. Daß Gesetz und Motive nicht auf die Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern hindeuten, erklärt sich aus dem herkömmlichen Sprachgebrauch der Gesetze, welcher unter Kindern gegenüber dem Vater eben nur die ehelichen, gegenüber der Mutter auch die unehelichen versteht. — Von parti-

Digitized by Google

kularrechtlichen Arbeiten ist zuvörderst die gründliche Untersuchung über den Vermächtnißvertrag nach österreichischem Recht von L. Schiffner (Leipzig 1891. Duncker und Humblot. XII und 130 S.) zu erwähnen. Verfasser sieht in §. 956a B. G.-B. die allgemeine Anerkennung des Vermächtnißvertrages statuirt und versucht denselben im Entgegenhalte zum Erbeinsetzungsvertrage nach den wichtigeren Momenten näher auszugestalten unter Berücksichtigung und entsprechender Verwerthung der Motive zum Deutschen Entwurf. Der Vermächtnißvertrag ist weder ein Zwitter-, noch ein Doppelgeschäft, sondern ein einheitliches Rechtsgeschäft, ein Zuwendungsvertrag von Todeswegen, ein Vertrag, welcher bindet, aber nicht verpflichtet; derselbe ist zu definiren als der Vertrag, welcher die bindende Zuwendung eines Vermächtnisses enthält. — Aus dem Gebiete des rheinischen Rechts liegt eine Arbeit von Carl Crome vor: Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft als Supplement zu den deutschen Lehr- und Handbüchern des französischen Civilrechts (Mannheim 1892. J. Bensheimer. XII und 514 S.). Das französische Privatrecht entbehrt einer systematischen Bearbeitung der für das gesammte Civilrechtsgebiet gleichmäßig anwendbaren generellen Bestimmungen; die Wissenschaft spiegelt treu die Schwäche ihrer Materie wieder; mit der trefflichen Behandlung des Einzelnen und Konkreten geht eine seltsame Schwäche in der Erfassung des Prinzipiellen und Allgemeinen Hand in Hand. Die Arbeit will zu ihrem Theil die vorhandene Lücke ausfüllen, ohne daß jedoch die dem allgemeinen Theil herkömmlicher Weise gesteckten Grenzen immer strikt innegehalten sind; vielmehr haben manche in den speziellen Theil gehörige Materien Berücksichtigung gefunden. Die Arbeit zerfällt, abgesehen von einer kurzen Einleitung, in zwei Bücher, deren erstes — Objektives Recht — vom Recht und seinen Entstehungsformen, von der Auslegung und von der Herrschaft der Rechtsnormen handelt, während das zweite — Subjektives Recht — die Lehre von den Rechtssubjekten, den Rechtsobjekten, der Entstehung, Aenderung, Endigung und den Arten der Rechte, von den Handlungen, dem Zeitablauf und dem Schutz der Rechte bietet. Der mit wissenschaftlichem Ernst und praktischem Sinn unternommene Versuch erscheint wohl geglückt. Derselbe ist einem wahren Bedürfniß der Rechtsanwendung im französisch-rechtlichen Gebiet entgegengekommen, — ein interessanter Beleg für das Irrige der Ansicht Klöppels (Gruchots Beiträge Bd. 32 S. 612 ff.), welcher zuwider der ganzen Richtung der neueren Gesetzgebung den allgemeinen Theil aus dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch beseitigt sehen möchte. — Damit sind wir auf ein Gebiet gelangt, auf welchem, nachdem sich der durch die Veröffentlichung des Entwurfs hervorgerufene Sturm gelegt hat, nunmehr die Stille der Erschöpfung herrscht. Die Berichtsperiode weist nur zwei der Beurtheilung des Entwurfes ausschließlich gewidmete Schriften auf, allerdings zwei von ebenso gründlichem Urtheil wie praktischem Blick zeugende. Einmal: Max Hachenburg, Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches (Mannheim 1892. J. Bensheimer. 355 S.). Die Arbeit, deren erste Lieferung in diesem Archiv

Digitized by Google

Bd. 3 S. 365 ff. Besprechung gefunden hat, liegt damit abgeschlossen vor; sie zeichnet sich durchgängig durch eine Fülle theoretisch interessanter und praktisch werthvoller Gesichtspunkte aus und gehört zu dem Bedeutendsten, was die kritische Behandlung des Entwurfs zu Tage gefördert hat. Auf die bemerkenswerthen Einzelheiten einzugehen, ist vorliegend nicht möglich. Das Eine mag jedoch wenigstens hervorgehoben werden, daß der Verfasser für das moderne Leben den Satz „ohne Schuld keine Schadenersatzpflicht" nicht als zutreffend und ausreichend anzuerkennen vermag. Auch Referent glaubt — und hat es oben Bd. 3 S. 117 bereits ausgesprochen —, daß die Entwickelung dahin dränge, die Ersatzpflicht in weitem Umfange statt auf das subjektive Verschulden auf die objektive Haftung abzustellen. Daß aber das Rechtsbewußtsein bereits gegenwärtig mit dem allgemeinen Ersatz jenes Gesichtspunktes durch die letztere sich befreunden möchte, erscheint Referenten doch recht zweifelhaft. Zur Zeit sind es nur Spezialgebiete mit besonderer Eigenart, auf welchen eine weitgehende objektive Haftung als gerecht und berechtigt empfunden werden möchte; Spezialgebiete freilich, die von Jahr zu Jahr allgemeinere Bedeutung erlangen. Die andere Arbeit ist von W. Kindel unter dem Titel: Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund (Berlin 1892. Carl Heymanns Verlag. XI. und 264 S.). Unter Rechtsgrund des Rechtsgeschäfts versteht der Verfasser die Gesammtsumme der durch dasselbe zu begründenden, zu lösenden, zu sichernden Rechtsverhältnisse. Die Formalverträge kehren nur die Beweislast um; die schriftlichen Verträge verleihen dem bloßen Paktum Klagbarkeit, kehren aber die Beweislast nur nach Maßgabe ihres Inhaltes um, mündliche oder durch konkludente Handlungen geschlossene Verträge wirken nur durch den Beweis ihrer Kausa. Auch die Giltigkeit der römischen Stipulation sei von der Kausa abhängig gewesen; die kausalose Stipulation habe nur eine die Klage fundirende Rechtsvermuthung, kein Recht erzeugt. Aehnlich kehre die kausalose Tradition die Beweislast um und erzeuge eine Verfügungsmacht in der Hand des unberechtigten Empfängers. Eine gleiche Beweislastverschiebung begründen die kausalosen Erlaßverträge. Mit dem Abrechnungsvertrage und dem anerkannten kaufmännischen Saldo wird die Rechtsvermuthung eines giltigen Konstituts verknüpft. Die kausalosen Formalakte des Handelsrechts (Wechsel, Check, Warrant, Inhaberpapiere) und des Grundbuchrechts erzeugen Rechtsvermuthung und Verfügungsmacht. Der Rechtsgrund bestimmt die Form. Die Verträge erlangen nur durch die Schrift oder die Erfüllung bindende Kraft Die Kondiktion ist eine Klage auf Nichtigkeitserklärung des Rechtsgeschäfts. Die Lehre vom abstrakten Vertrag bezw. das Konsensprinzip führt zu folgenden Widersprüchen: Das kausalose Rechtsgeschäft sei in derselben Beziehung giltig und ungiltig, es erzeuge ein Recht, welches kein Recht sei, es begründe eine Klage zur Brechung eines Rechts, während alle Klagen ein Recht verfolgten. Da solche Gegensätze die Grundlage eines positiven Rechts nicht bilden könnten, sei die Lehre vom abstrakten Vertrage zu verwerfen. Der Formzwang sei zur Verhinderung leichtsinniger und unüberlegter Versprechen nicht zu entbehren; derselbe zwinge die Kontrahenten zur Klarlegung ihrer gegenseitigen Rechts-

Digitized by Google

beziehungen. Die Form erleichtere den Angriff gegen ungerechte Angriffe. Die Zulassung formloser Verträge stelle die richterlichen Entscheidungen auf die unsichersten Beweismittel, den Zeugenbeweis und den Eid. Während der Entwurf sich auf der einen Seite gegen die allgemeine Nothwendigkeit einer Vertragsform entschieden, habe er dieselbe andererseits überspannt, indem einmal selbst bereits erfüllte, formwidrige Verträge nichtig seien und das Formerforderniß auf alle Vertragsbestimmungen erstreckt werden solle. Es sei vielmehr nur Person und Objekt schriftlich zu fixiren. Die Schriftform aber erfordere nicht Unterschrift der sämmtlichen Vertragsschließenden auf derselben Urkunde. — Ein überaus eigenartiges Werk legt G. Pfizer unter dem Titel: Anti-Seuffert oder der Geist des Rechts und der Buchstabe des Gesetzes (Leipzig 1892. Otto Wigand. VIII. und 455 S.) vor. Der Titel: entstammt einem satyrischen Vorschlage Iherings, der Sammlung mustergiltiger Urtheile der obersten Gerichtshöfe eine Sammlung unzutreffender Entscheidungen solcher Gerichtshöfe gegenüber zu stellen. Referent glaubt annehmen zu dürfen, daß Ihering über die vorliegende Realisirung seiner Idee nicht allzu begeistert gewesen wäre. Weder inhaltlich noch in der Ferne dürfte sie der Vorstellung, welche sich Ihering von einem „Anti-Seuffert" gemacht, besonders entsprechen, womit freilich nicht ausgeschlossen ist, daß er auf eine freundliche Uebersendung des Buches mit eben solch freundlichen Worten gedankt. So ziemlich alles, was mit der Gesetzgebung und der Rechtsprechung zu schaffen hat, wird mit herbem Wort bedacht. Dem Gesetzgeber wird (S. 321 Anm. 4) Verkehrtheit, wie sie größer nicht gedacht werden kann, einzelnen Abgeordneten das Sprechen von „Unsinn" (S. 424 Anm. 3) vorgeworfen, auf S. 422 Anm. 2 wird von dem Hochmuth zünftiger Universitätsprofessoren gesprochen und ebenda die kräftige Wendung „träge Schreiber vulgo Richter" beliebt. Es will Referenten scheinen, als ob der Verfasser durch seine Arbeit die Kompetenz zu solch umfassender Aburtheilung nicht dargethan habe. — Eine aus mehrjähriger praktischer Berufsthätigkeit hervorgegangene Arbeit ist die Darstellung der Rechtsverhältnisse der Fremden in Argentinien von B. Lehmann (Buenos Aires 1889. Compañia Sud-Americana de Billetes de Banco 148 S.). Verfassung, Fremdenrecht, Civilrecht und Prozeß gelangen zur Darstellung. Unter der Ueberschrift „Praktische Materien" werden die für den Verkehr Deutschlands mit Argentinien vornehmlich wichtigen Rechtsinstitutionen in klarer, knapper Zusammenfassung vorgeführt, insbesondere die Forderungsbeitreibung und die Verjährung. Das Argentinische Recht weist danach eine deutliche Anlehnung an die Kodifikationen der europäischen Kulturstaaten auf. — Es sei gestattet, hier noch einen Hinweis anzufügen auf eine bedeutende Arbeit von M. Weber, deren rechtsgeschichtlicher Charakter ein näheres Eingehen an dieser Stelle verbietet: Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht. Mit zwei Tafeln. (Stuttgart 1891. Ferdinand Enke. VIII und 284 S.), und auf die dankenswerthe Abhandlung von L. von Savigny über die französischen Rechtsfakultäten im Rahmen der neueren Entwickelung des französischen

Digitized by Google

Hochschulwesens (Berlin 1891. Puttkammer und Mühlbrecht. VIII und 223 S.), ein werthvoller Beitrag zu der im Flusse befindlichen Frage nach der Reform unserer Studienordnung. Aus den dort vorgesehenen Einrichtungen, den Seminarien, den conferences, den Repetitorien ergiebt sich vielleicht ein oder der andere für die Reform, sei es auch nur modifizirt, verwerthbarer Gedanke. Die Vergleichung mit den Einrichtungen anderer Länder ermöglicht die Behandlung der Frage auf breiterem Untergrund, wenn auch selbstverständlich eine einfache Uebertragung weder möglich, noch auch nur wünschenswerth erscheinen möchte. Ein von anderer Seite ausgegangener Vorschlag will von all diesen Mitteln, welche dem jungen Studirenden bereits das Bewußtsein beibringen, daß er es mit einer praktischen Wissenschaft zu thun habe, nichts wissen: A. Pallaske, Zur Reform des Studiums und des Vorbereitungsdienstes der preußischen Juristen (Berlin 1892. Puttkammer und Mühlbrecht. 62 S.). Derselbe stellt folgenden Studienplan auf: I. Erstes Semester: Die neuere Geschichte Preußens und des Deutschen Reichs, Einführung in das Preußische Landrecht unter Hinweis auf das römische Recht. Zweites Semester: Obligationenrecht, Strafrecht. Drittes Semester: Sachenrecht unter Zugrundelegung des Landrechts. Handels- und Wechselrecht. Viertes Semester: Gesellschaftsrecht, Civil-, Strafprozeß. Fünftes Semester: Erbrecht, Verwaltungsrecht, Nationalökonomie, verwandte Lehren. Sechstes Semester: Repetition des gesammten Rechtsstoffes mit Hinweis auf das Uebergreifen der einen Rechtsdisziplin in die andere. Abschlußprüfung: drei nicht zu schwere Streitfälle, drei Abhandlungen über gegebene Themata als Klausurarbeiten. Mündliche Prüfung. II. Vier Semester: Geschichte und Philosophie des Rechts, eingehende Darstellung des römischen und deutschen Civilrechts, Staatsrecht im höheren Sinn (?), Völkerrecht und Kirchenrecht. Prüfung mündlich und schriftlich. III. Praktische Ausbildung im Gerichtsdienst, vier Semester: Sechs Monate Amtsgericht, vier Monate Landgericht, zwei Monate Staatsanwaltschaft, je sechs Monate Rechtsanwalt und Oberlandesgericht. Dritte Prüfung mit wesentlich praktischem Charakter, bestehend in einer Proberelation und mündlichen Prüfung. Um diese Studienordnung durchzuführen, müßten Praktiker — Richter, Staatsanwälte, Rechtsanwälte — als Universitätslehrer gewonnen werden, welche nach sechs bis neun Jahren in die Praxis wieder zurücktreten. Damit haben wir das von einem Praktiker gezeichnete Gegenstück zu dem von Frank zwecks Beseitigung der unglückseligen Trennung von Theorie und Praxis vorgeschlagenen Wege (vergl. dies Archiv Bd. 6 S. 360/361). Der Vorschlag, daß der Rechtslehrer sich an den Text des Gesetzbuches, an die ihn ergänzenden anerkannten Sätze der praktischen Wissenschaft und die einschlägige obergerichtliche Judikatur halten möge, heißt doch wohl im Resultat kaum etwas Anderes wie, daß der Rechtslehrer dem Studirenden kein System, sondern einen Kommentar zu liefern hat. Der Kommentar, in der Hand des fertigen Mannes ein überaus werthvolles Mittel für die sofortige Stellungnahme in einer plötzlich auftauchenden Zweifelfrage, als Ersatz der Lehrbücher

Digitized by Google

in die Hand des Lernenden gegeben, hieße das Banauſenthum, von welchem kein praktiſcher Wiſſenszweig völlig frei zu halten iſt, zum Idol erklären. Wo ſind ferner die den Text des Geſetzbuches ergänzenden anerkannten Sätze der praktiſchen Wiſſenſchaft? Es giebt nur eine Jurisprudenz, ſie iſt die gleiche für den praktiſch denkenden Theoretiker, wie für den theoretiſch gebildeten Praktiker. Der unpraktiſche Theoretiker aber, wie der theoretiſch ungebildete Praktiker ſind gleich wenig wünſchenswerthe Erſcheinungen. Aufſtellungen wie die von der unpraktiſchen Wiſſenſchaft führen als natürliche Reaktion zu dem Axiom von der unwiſſenſchaftlichen Praxis und doch ſind Wiſſenſchaft und Praxis auf das einträchtige Mit- und Nebeneinander angewieſen, ſollen ſie nicht beide verkümmern.

Digitized by Google

II.

Neue handelsrechtliche Litteratur.[1])

Von **V. Ring.**

Als Quellenwerk ist dasjenige von J. Alexander über die Konkursgesetze aller Länder hervorzuheben.[2]) Der Herausgeber hat dreißig ausländische Juristen, zumeist Advokaten, heranzuziehen verstanden und mit ihrer Hülfe, auch der Unterstützung von Vertretern des Reiches im Auslande die Konkursgesetzgebung des Erdballs dargestellt. Hierbei sind für Europa 25, für Asien 9, für Afrika 10, für Amerika 28, für Australien 6 Länder berücksichtigt. Zumeist ist eine zusammenfassende Bearbeitung der Gesetzgebung geboten, mitunter der Gesetzestext selbst übertragen. Unglücklicherweise sind die durch die H.-G.-B. von 1887 und 1888 veralteten früheren Gesetze für Rumänien) und Portugal mit untergelaufen. Warum Mexiko (übrigens auch Finland unberücksichtigt geblieben, ist nicht ersichtlich. Auch welche Gründe für die Wahl der Uebersetzung oder Bearbeitung maßgebend gewesen sind, kann nicht erkannt werden. Zum Theil vielleicht die Rücksicht darauf, daß Borchardt in seinen Handelsgesetzen des Erdballs den betreffenden Text bereits bietet. Das dem letzteren Buche gegenüber aufgeworfene Bedenken, ob die deutsche Uebertragung ohne den Urtext eine für die Rechtsanwendung in der Theorie und Praxis ausreichend sichere Unterlage giebt, trifft naturgemäß die Bearbeitung mit ungleich größerem Gewichte. Hierbei hat die subjektive Auffassung auch des besten Kenners zu großen Spielraum. Zudem sind bereits anderwärts gegen die Treue der Uebertragung Zweifel laut geworden (Böhm,

---

[1]) Vgl. dies Archiv Bd. 4 S. 392, Bd. 5 S. 150. Die historischen Forschungen auf dem Gebiete des Handelsrechts, vor Allem das großartige Werk von L. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, sollen erst im nächsten Hefte berücksichtigt werden, da insbesondere für das genannte Buch eine ausführliche Würdigung von anderer Seite in Aussicht gestellt ist.

[2]) J. Alexander, Bücher-Revisor in Berlin. Konkursgesetze aller Länder der Erde. Mit vergleichender Uebersicht. Berlin, 1892. Puttkammer & Mühlbrecht. 530 S.

Digitized by Google

Z. f. Intern. R. Bd. 2 S. 437). Immerhin ist das Unternehmen als die erste Sammlung, welche einen Ueberblick über das gesammte konkursrechtliche Material gestattet, für die Wissenschaft und den geschäftlichen Gebrauch nutzbringend. In einem Anhange sind die Gesetze zusammengestellt und eine vergleichende Uebersicht der wesentlichen Bestimmungen derselben gegeben.

Von großer, im Deutschen Reiche nicht genug geschätzter Bedeutung ist die Sammlung von Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofs zum H.-G.-B. von L. Adler und R. Clemens, welche neuerlich besonders rührig fortschreitet. In den Jahren 1890 bis 1892 sind drei starke Bände erschienen.[3]) Der erste (Bd. 6) bringt die handelsrechtlichen Entscheidungen des obersten Gerichtshofs aus den Jahren 1880 bis 1883 mit Nachträgen von 1876 ab; der zweite geht bereits bis 1886, der dritte bis 1889 vor, so daß wenigstens annähernd der Anschluß an die neueste Rechtsprechung erreicht ist. Ueber einen Gerichtshof, wie den österreichischen obersten, ist selbstverständlich keine allgemeine Kritik statthaft. Nur ein Bedenken gegen die redaktionelle Fassung kann nicht unterdrückt werden. Steht die Autorität des höchsten Gerichtshofs hinter der Entscheidung, so sind es auch die Gründe dieser obersten Instanz, deren Kenntniß erwünscht ist. Die Form der mitgetheilten Entscheidungen ist aber zunächst folgende: Dem Thatbestande sind ausführlich die Gründe des Handelsgerichts oder Bezirksgerichts, dann diejenigen des Oberlandesgerichts angeschlossen; zum Ende kommt, häufig in unverhältnißmäßiger Kürze, die Begründung des obersten Gerichtshofs. Das ist äußerlich verwirrend und führt innerlich zu einem nicht gerechtfertigten Ueberwiegen der Judikatur von Instanzgerichten. Die häufig wiederkehrende Formel, dem Revisionsrekurse sei nicht Folge gegeben, weil die angefochtenen Entscheidungen eine Nichtigkeit oder Gesetzwidrigkeit nicht erkennen ließen, stellt doch eine sachliche Begründung nicht dar. Zur weiteren Illustrirung sei auf die Entscheidung Bd. 8 S. 70 verwiesen, wo die Gründe des Handelsgerichts 77, diejenigen des Oberlandesgerichts 39 und diejenigen des obersten Gerichtshofes 18 Zeilen ausmachen. Aehnliche Beispiele sind in Menge beizubringen. Nach diesseitiger Auffassung liegt hier ein beträchtlicher Mangel vor. Die ganze Kunst des Redaktors soll eben darin bestehen, den Thatbestand knapp festzustellen und die Entscheidungsgründe der Vorinstanzen auf das Kürzeste zusammenzuziehen, um den höchsten Richter voll zum Worte zu verstatten. Daß dies möglich ist, zeigen die Entscheidungen des Reichsgerichts und diejenigen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit. Was es für einen Zweck haben soll, daß ausführlich die Begründung des außerordentlichen Revisionsrekurses beigebracht und daran der Vermerk geknüpft wird, der oberste Gerichtshof habe demselben wegen Nichtwahrnehmen einer Nichtigkeit oder Gesetzwidrigkeit nicht stattgegeben (z. B. Bd. 7 S. 306, Bd. 8 S. 31), ist vollends unerfindlich. Der bereits

[3]) Dr. Leopold Adler und Dr. Robert Clemens. Sammlung von Entscheidungen zum Handels-Gesetzbuche. Bd. 6, 631 S.; Bd. 7, 672 S.; Bd. 8 487 S. Wien 1890, 1891, 1892. Manz'sche Buchhandlung.

Digitized by Google

hervorgehobene Umstand, daß den Entscheidungen des obersten Gerichtshofs für Oesterreich in Deutschland nicht die gebührende Beachtung geschenkt wird, ist sicherlich nicht zum Mindesten auf die gerügte, sehr unberechtigte Eigenthümlichkeit zurückzuführen.

In diesem Zusammenhange sei, wie dies schon früher geschehen (Archiv Bd. 4 S. 204), des Jahrbuchs für die Entscheidungen des Kammergerichts gedacht, von welchem zwei neue Bände und ein Registerband vorliegen.[4]) Von den für dies Archiv in Betracht kommenden Beschlüssen des ersten Civilsenats in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit gehören allerdings die meisten dem Grundbuchrecht an. Allein auch die handelsrechtlichen Sachen weisen eine steigende Anzahl von Entscheidungen auf: nicht weniger als siebzehn, zum Theile sehr umfangreiche Beschlüsse haben auf das Handelsrecht Bezug. Der Einfluß der Aussprüche des Kammergerichts auf die betreffende Praxis der preußischen Gerichte ist ein sehr bedeutender, bei der Bereitstellung des Materials durch Repertorien wohl ein größerer, als derjenige des Reichsgerichts für die der Rechtsprechung desselben unterfallenden Materien. Um so schwerer wiegen grundsätzliche Differenzen zwischen den beiden Gerichtshöfen. So mag die von dem Kammergericht ausgesprochene Ablehnung der Vorstellung des Reichsgerichts, daß, sofern einer von zwei offenen Gesellschafter ausscheidet und dem anderen das gesammte Gesellschaftsvermögen überlassen wird, sich in der Hand des Uebernehmers die vereinigten gesellschaftlichen Rechte in Alleineigenthum an den Stücken des bisherigen Gesellschaftsvermögens umsetzen, (Jahrbuch Bd. 11 S. 127), das Reichsgericht zu erneuter Erwägung in dieser Richtung veranlassen. — Eine sehr erwünschte Bereicherung, trotz Jastrow's bekannten Auszügen, ist das von R. Johow verfaßte Gesammtregister zu den ersten zehn Bänden des besprochenen Jahrbuchs und den acht Bänden des Jahrbuchs für endgültige Entscheidungen der preußischen Appellationsgerichte. Für das Handelsrecht besonders werthvoll ist hier weniger das den Gesammtinhalt umfassende alphabetische Sach- und das Legalregister, als vielmehr die Zusammenstellung der Rechtsgrundsätze des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit. Das Register ist mit derjenigen Sorgfalt zusammengestellt, welche die Redaktion des Jahrbuchs überhaupt auszeichnet.

Anzureihen ist der Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches von M. Stenglein, H. Appelius und G. Kleinfeller,[5])

---

[4]) Reinhold Johow, Geheimer Ober-Justizrath a. D. Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen. Bd. 10, XI u. 421 S.; Bd. 11, X u. 478 S.; Gesammtregister zu Band 1 bis 10 des Jahrbuches 2c., V u 359 S. Berlin 1891, 1892. Franz Vahlen.

[5]) M. Stenglein, Reichsgerichtsrath, in Verbindung mit Dr. H. Appelius, Staatsanwalt in Elberfeld, und Dr. G. Kleinfeller, Dozent der Rechte an der Universität München. Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches. Erläutert. Berlin 1892. Otto Liebmann. Bisher 4 Lief., 320 S.

Digitized by Google

von welchem vier Lieferungen vorliegen. Die Strafgesetzgebung des Reiches gewinnt von Jahr zu Jahr an Umfang. Immer mehr knüpfen sich auch in Gesetzen überwiegend civilistischen Inhalts an die Mißachtung von Gebot und Verbot kriminelle Folgen. Die unglückselige Trennung in Juristen des Civilrechts und des Strafrechts, zwischen deren Lagern eine Kluft ohne Brücke gähnt, dieser Zwiespalt, welcher v. Liszt veranlaßte, sich erst zu entschuldigen, als er über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches sein Urtheil abgab, mußte auch die Erläuterung der strafrechtlichen Nebengesetze bestimmen: Der Kriminalist befaßte sich nicht mit ihnen, weil das grundlegende Gesetz kein Strafgesetz, der Civilist wiederum möglichst wenig, weil die zu behandelnde Norm ein Strafgesetz war. So fielen die betreffenden Bestimmungen häufig in das Leere. Diesem Zustande macht die vorliegende Erläuterung ein Ende. Das Werk soll in 11 Abtheilungen die Gesetze: zum Schutze des geistigen Eigenthums, über gewerbliche Vereinigungen, das Verkehrswesen betreffend, über das Gesundheitswesen und die Lebensmittel, gegen Viehkrankheiten, allgemein polizeilichen Charakters, die militärischen Verhältnisse, das Seewesen betreffend, endlich die Gewerbeordnung und die Arbeiterversicherungsgesetze, die Bestimmungen über den strafbaren Bankerutt und die Steuergesetze umfassen. Die ersten drei Abtheilungen sind bereits bearbeitet. Für das Handelsrecht kommen insbesondere das Aktien- und Genossenschaftsgesetz, das Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Bank- und Münzgesetz, das Gesetz, betreffend die Inhaberpapiere mit Prämien, in Betracht. Die Bearbeiter haben hier ihre Aufgabe in sehr ansprechender Weise gelöst. Insbesondere ist der Schwierigkeit des Zuviel oder Zuwenig in der Berücksichtigung des civilistischen Gehalts bei diesen Gesetzen geschickt begegnet.

Ein sehr anregender Gedanke liegt einer Schrift von J. Rießer zu Grunde.[6]) Der Verfasser stellt in 5 Abschnitten unter den Ueberschriften: der Kaufmannsbegriff, Handelsfirma, von den Handelsgeschäften, von dem Handelsregister, von den Handelsbüchern den gesammten Stoff zusammen, welcher sich in den kodificirten Handelsgesetzen aller Länder hinsichtlich der behandelten Rechtserscheinungen bietet. Es ergiebt sich hieraus ein anschauliches Bild, wie gewisse Grundgedanken des Handelsrechts die einzelnen Länder theils zu übereinstimmender, theils zu besonderer Regelung geführt haben. Es ist nicht zweifelhaft, daß derartige sachliche Darstellungen nicht nur der rechtsvergleichenden Wissenschaft dienen, sondern auch für eine gemeinsame Kodifikation des Handelsrechts besser als alle Schlagworte vorkämpfen. Die Schrift von Rießer, welcher eine schöne Würdigung des Handelsrechts und eine Zusammenstellung der in Betracht kommenden Handelsgesetze voraufgeht, ist um so dankenswerther, als sie einen fruchtbaren Keim legt, welcher in weiteren Arbeiten entwickelt werden kann.

---

[6]) Dr. J. Rießer, Direktor der Bank für Handel und Industrie und Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin. Grundgedanken in den kodificirten Handelsrechten aller Länder. Stuttgart, 1892. Ferdinand Enke. 58 S.

Digitized by Google

Das Lehrbuch des Handelsrechts von C. Gareis liegt in vierter Auflage vor.[7]) Der Erfolg beweist, daß das Bedürfniß nach einer gemeinfaßlichen Darstellung der Materie vorhanden ist. Die neue Bearbeitung begnügt sich nicht mit der Nachtragung von Entscheidungen und Ergebnissen der Litteratur. Vielfach hat die Darstellung völlige Umgestaltung erfahren, sei es unter dem Einflusse neuerer Gesetze (Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889), sei es unter demjenigen besonders hervorragender Erscheinungen der Rechtswissenschaft (Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts). Auch in minder auffallenden Punkten weist das Lehrbuch erhebliche Fortschritte auf. So ist die Reihenfolge: Gelegenheitsgesellschaft, stille Gesellschaft, Kommanditgesellschaft, offene Gesellschaft, eingetragene Genossenschaft, Aktiengesellschaft durch die zweifellos richtigere: offene Gesellschaft, stille Gesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, Genossenschaft, Gelegenheitsgesellschaft ersetzt. Der Uebelstand, daß nun die Paragraphen der älteren und der neuen Auflage nicht übereinstimmen, muß hingenommen werden. Das in seiner Brauchbarkeit erheblich verbesserte Werk wird seiner Aufgabe vollkommen gerecht.

Die Würdigung des Lehrbuchs des Handelsrechts von J. Fr. Behrend, Bd. 1 Lieferung 5, wird der Erörterung der spezifischen Literatur zum Aktienrechte, welchem das Heft ausschließlich gewidmet ist, vorbehalten.

Die Kommentare zum Handelsgesetzbuche nehmen kein Ende. Staub führt den seinigen mit bestem Erfolge fort.[8]) Seine Erläuterung ist bis zu dem Art. 350 gediehen. Besonders wohl gelungen erscheint die Erörterung des Aktienrechts, welche nicht weniger als 318 S. umfaßt. Dem Verfasser kommt hier eine reiche Praxis zu Gute. Ueberall wahrt er eine bemerkenswerthe Selbständigkeit des wohlerwogenen Urtheils. Durch scharfe Eintheilung des Stoffes in Abschnitte, welchen das Thema in stärkerem Drucke vorangestellt ist, wird in treffender Weise systematisirt. Die hervorragende Begabung des Verfassers zur Zergliederung, zur anatomischen Behandlung des Rechtskörpers ist unverkennbar. Die Sparsamkeit im Citiren ist für Denjenigen, welcher die Materie beherrscht, kein Mangel. Das Aktienrecht verdankt dem Verfasser unzweifelhaft eine weit bedeutendere Förderung als den neueren angeblichen Spezialisten auf diesem Gebiet. Ein abschließendes Urtheil über das Werk wird für dessen Ende vorbehalten. — Eine Erläuterung zum H.-G.-B., welche „zwischen den ausführlichen Kommentaren und den Textausgaben mit Anmerkungen die Mitte hält", soll von Willenbücher

---

[7]) Dr. Karl Gareis, ord. Prof. der Rechte in Königsberg i. Pr. Das deutsche Handelsrecht. Ein kurzgefaßtes Lehrbuch des im Deutschen Reiche geltenden Handels-, Wechsel- und Seerechts. Systematisch dargestellt. Vierte, neu durchgearbeitete und vielfach veränderte Auflage. Berlin, 1892. J. Guttentag. XX u. 859 S.

[8]) Dr. Hermann Staub, Rechtsanwalt in Berlin. Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Berlin, 1892. J. J. Heines Verlag. Bisher 7 Lief., 800 S.

Digitized by Google

gegeben werden.[9]) Der Zweck ist im Wesentlichen erreicht. Dem Richter und Anwalt, welcher im Drange der Geschäfte erfahren will, wie eine Gesetzesstelle von der Rechtsprechung und den namhaftesten Rechtslehrern aufgefaßt wird, bietet sich in dem Buch ein bequemes Mittel zur Orientirung. Es ist in der Natur der Sache begründet, daß der Verfasser nur wenig Eigenes hinzuthut und bei Zweifelsfragen sich der einen der darauf ertheilten Antworten anschließt. Eine wissenschaftliche Bedeutung dürfte Willenbücher selbst für sein praktisches Nachschlagebuch nicht wohl beanspruchen. — R. Förtsch bearbeitet die vierte Auflage von Puchelts H.-G.-B.[10]) Bisher liegen die drei ersten Lieferungen, welche bis zu Art. 129 reichen, vor. Die alte Weise der Sammlung von Aphorismen und Rechtssprüchen ist beibehalten. Die neueren Erscheinungen auch auf dem litterarischen Gebiete sind summarisch gewürdigt. Bemerkenswerth ist der häufige Hinweis auf die Sächsischen Annalen, welche in der That ein lange nicht genug beachtetes Material enthalten. Der Bd. 11 des Jahrbuchs für Entscheidungen des Kammergerichts ist leider nicht benutzt. Der Beschluß S. 17 ff. daselbst hätte den Verfasser in seiner Ansicht, eine offene Handelsgesellschaft könne offener Gesellschafter sein (S. 185), vielleicht irre gemacht. Das Urtheil über die neue Bearbeitung kann erst nach weiterem Fortschreiten derselben gefällt werden. Aber bereits jetzt sei das Eine bemerkt: Eine wirklich gute Erläuterung des H.-G.-B. kann nach zwei Methoden verfahren. Der Bearbeiter kann aus neuem Gedankenmaterial formen, er kann aus dem alten unter Ausscheidung des unedlen und sorgsamer Bewahrung des edlen Stoffes gestalten. Nur die Verbindung beider Arten wird Vollendetes schaffen. Das Erstere hat Staub neuerlich mit Glück versucht. Ein gutes Werk der zweiten Art, und gar ein vollendetes, steht noch aus. Puchelt suchte ein Mittelding zu schaffen, welches nicht vollwerthig sein konnte. Er sammelte hier und dort und fügte auch wohl aus Eigenem hinzu. Diese Grundlage vermochte auch Förtsch, trotz ersichtlichen Bemühens, nicht zu ändern. So konnte und kann der wissenschaftliche Erfolg dem buchhändlerischen nicht das Gleichgewicht halten. Auf den als Ergänzung herausgegebenen Kommentar von Förtsch zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 wird bei der Betrachtung dieses Gesetzes und seiner Litteratur im nächsten Hefte des Archis näher eingegangen werden.

Die Behandlung der Handelsregister-Eintragungen Seitens der Gerichte

---

[9]) Willenbücher, Oberlandesgerichtsrath. Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Für die Praxis erläutert. Berlin, 1891. H. W. Müller. VIII u. 596 S.

[10]) Dr. Ernst Sigismund Puchelt, weiland Reichsgerichtsrath, jetzt R. Förtsch, Reichsgerichtsrath. Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des vormaligen Reichs-Oberhandelsgerichts. Vierte, vermehrte und durchgesehene Auflage. Leipzig, 1892. Roßberg'sche Buchhandlung. Bisher 3 Lief., 288 S.

Digitized by Google

ist nicht gerade eine sehr glänzende Erscheinung im Gebiete des Rechtslebens. Es ist befremdlich, daß Birkenbihl in diesem Archiv Bd. 6 auf vielen Seiten ein Verzeichniß der typischen Fehler unter Belegstellen aus dem Central-Handels-Register geben, daß Parisius in den Blättern für Genossenschaftswesen von 1892 große Abhandlungen „Ungesetzliche Eintragungen von Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht", „Gesetzwidrige Bekanntmachungen von Registergerichten" veröffentlichen, daß Hergenhahn in der Wochenschrift für Aktienrecht ꝛc. von 1892 mit „Inkorrekten Einträgen ins Handelsregister seitens der Registergerichte" nachfolgen konnte. Daß hier den Amtsgerichten, insbesondere auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts, eine Aufgabe gestellt ist, welcher sie sich nicht gewachsen zeigen, erscheint bewiesen. Mit Recht wird auch von nicht deutschen Schriftstellern die Kollegialberathung zumal bei den wichtigen Fragen des Aktienrechtes gefordert (Bing, La société anonyme en droit Allemand p. 103). Den Uebelstand einigermaßen zu beheben, ist ein Buch von Th. Cohn, Das Handels- und Genossenschaftsregister[11]) bestimmt und sehr wohl geeignet. Der Verfasser bietet aber weit mehr, als nur ein Hülfsmittel für den täglichen Gebrauch der Registerrichter. Er entwickelt in ausführlicher, auf den Ergebnissen der Theorie und Praxis fußender Darstellung die Grundsätze der in Betracht kommenden Rechtsinstitute. Daß ein erheblicher Theil des Buches von Mustern eingenommen wird, ist sachgemäß. Die Schrift umfaßt auch bereits die neueste Erscheinung des Gesellschaftsrechtes, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Arbeit ist auch da, wo die Meinung des Verfassers unzutreffend erscheint, durchaus werthvoll, da sie den Stand des vorhandenen Streites erkennen läßt. Zu der Frage nach dem Prüfungsrechte des Registergerichts bei der Eintragung von Generalversammlungsbeschlüssen sei bemerkt, daß nach einer weittragenden neuerlichen Entscheidung des Kammergerichts eine Beanstandung nicht Platz greift, sofern der Beschluß nur gesetzlich oder statutarisch gewährleistete Rechte von Aktionären (Genossen) verletzt und diese die Rüge mittels Anfechtungsklage unterlassen haben. Die stets wiederkehrenden Klagen hinsichtlich überflüssiger Veröffentlichungen aus dem Handelsregister würden vielleicht verstummen, wenn von den öfter ergangenen Beschlüssen desselben Gerichts, nach welchen Insertionsauslagen nur für gesetzmäßige Publikationen zur Hebung gelangen dürfen, häufiger Gebrauch gemacht würde (vgl. Preuß. J. M. Bl. 1892 S. 328).

Für eine Spezialmaterie wird der von dem vorbesprochenen Buche verfolgte Zweck allerdings noch viel vollkommener erreicht durch das Formularbuch zum Genossenschaftsgesetze von L. Parisius und H. Crüger.[12]) Im

[11]) Theodor Cohn, Gerichtsassessor in Danzig. Das Handels- und Genossenschafts-Register. Systematische Darstellung des Verfahrens in Handels-, Zeichen-, Muster- und Genossenschafts-Registersachen in Theorie und Praxis mit Mustern. Berlin, 1892. Carl Heymanns Verlag. XVI und 384 S.

[12]) Ludolf Parisius und Dr. jur. Hans Crüger. Formularbuch zum Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften.

Digitized by Google

vortrefflicher Weise behandeln die bekannten Genossenschaftspraktiker alle für das Registergericht innerhalb des umgrenzten Gebiets in Betracht kommenden Fragen unter Darbietung zahlreicher Formulare sowohl für die Anmeldungsprotokolle, als für die Verfügungen und Bekanntmachungen. Das straff organisirte Genossenschaftswesen ermöglicht eine ganz besondere Einwirkung auf die Rechtnehmer. Das vorliegende Buch kann es bei gehöriger Verbreitung erreichen, daß auch die Registergerichte den Genossenschaften das Recht geben welches ihnen gebührt.

Eine sehr werthvolle Gabe, insbesondere für die Rechtsprechung, bietet G. Hanausek in seiner Abhandlung über Fakturen.[13]) Er beschränkt sich im Wesentlichen auf die Fakturen des Verkäufers und des Einkaufskommissionärs. Die Konsignationsfaktura des Verkaufskommittenten wird gänzlich ausgeschieden, die mit unbestellter Waare übermittelte Faktura nur kurz (unter dem Gesichtspunkte der Verkaufsofferte) behandelt. Die wesentlichsten Ergebnisse sind: Die Faktura ist eine Rechnung, sie ist nicht Cirkulationspapier und kann nicht rechtswirksam an Order oder auf Inhaber gestellt werden. Ihre Zusendung hat nicht dingliche Wirkung, wohl aber ihre Weiterbegebung durch den Käufer. Der Verkäufer erkennt den rechtsgeschäftlichen Fakturenineinhalt an, gesteht den thatsächlichlichen Fakturenineinhalt zu. Der Käufer erkennt durch Behalten der Waare und Verfügung über sie allein nicht schon den rechtsgeschäftlichen Fakturenineinhalt an. Es besteht auch keine besondere handelsrechtliche Norm, welche den Käufer verpflichtete, einen ihm nicht genehmen Fakturenvermerk bei dem Präjudize der Genehmigung zu beanstanden. Ob und inwieweit der Käufer sich durch nicht oder nicht rechtzeitig erklärte Rüge einer Verletzung des guten Glaubens gegenüber dem Verkäufer schuldig macht und ob diese Verletzung die Rechtsfolge der Zustimmung oder lediglich der Verschiebung der Beweislast zu Gunsten des Verkäufers nach sich zieht, läßt sich nur hinsichtlich der einzelnen Fakturenklauseln besonders beantworten. — In dieser, auf eine Fülle von Material gegründeten Antwort liegt die Stärke des Buches. Beispielsweise sind allein der, allerdings sehr wichtigen, Frage nach der Bedeutung des einen Zahlungsort angebenden Fakturenvermerks bezw. dessen Einfluß auf den Gerichtsstand nicht weniger als 32 Seiten gewidmet. Es ist zu erwarten, daß die mit voller Beherrschung des Stoffes geschriebene Monographie ihren Einfluß auch auf die Praxis der deutschen Gerichte nicht verfehlen wird.

Eine ganze Anzahl von Schriften knüpft mittelbar oder unmittelbar an die Erscheinungen des Börsenverkehrs an. — Das Recht des Kommissionshandels würde auch nach den ziemlich weit zurückliegenden Arbeiten von

---

Vom 1. Mai 1889. Praktische Anleitung für die Führung des Genossenschaftsregisters und den Verkehr mit dem Registergericht. Berlin, 1892. J. Guttentag. 152 S.

[13]) Dr. Gustav Hanausek, außerordentlicher Professor an der Universität Wien. Facturen- und Facturaklauseln nach österreichischem Recht. Wien, 1891. Manz'sche Buchhandlung. VI u. 151 S.

Digitized by Google

Grünhut und Lepa, welchen sich vor einigen Jahren eine solche von Schaps angereiht hat, eine umfassende Darstellung wohl vertragen Allein das vorliegende Buch von S. Jacoby über diesen Gegenstand[14]) wird die Lücke schwerlich füllen. Soll in der That, wie der Verfasser will, seine Arbeit das Rechtsleben fördern, so wäre vor Allem eine sorgsame Benutzung aller bisherigen Ergebnisse der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung nöthig gewesen, welche doch wesentlich einem gleichen Ziele zustreben. Zur Kennzeichnung des Buches genügt der Hinweis auf die Behandlung der so überaus bedeutsamen Lehre von Selbsteintritte des Kommissionärs, nach des Verfassers Angabe diejenige Materie, welche ihn zu der Arbeit veranlaßt hat. Bisher bestand Uebereinstimmung, daß ein Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs gegeben sei, eine Theorie, welche sich auf Art. 376 Abs. 1 H.-G.-B. berufen durfte. Der Verfasser nimmt bei börsengängigen Waaren eine Selbsteintrittspflicht des Kommissionärs an; er stützt sich dabei auf die Anschauung des Verkehrs und stellt einen bedenklichen und baldiger Besserung bedürftigen Fehlgriff des Gesetzgebers auf. Mit dem Letzteren läßt sich rechten; nicht aber mehr damit, daß nun die Selbsteintrittspflicht aus einer dem Art. 376 Abs. 1 widersprechenden stillschweigenden Parteiabsicht hergeleitet und der Bankier der Arglist beschuldigt wird, wenn er unter Berufung auf das Gesetz seinem Kommittenten einen Dritten als Schuldner aufdrängen wollte. Solchen Sätzen und den daraus entnommenen Folgerungen gegenüber sind doch wohl die bisherige Litteratur und Judikatur vorzuziehen, mögen sie auch nach des Verfassers hartem Tadel die Bedürfnisse des Verkehrs völlig verkennen.

In gewissem Sinne hierher gehörig ist auch die über den Durchschnitt von Inauguralschriften weit herausgehende von F. H. Behrend über die unvollkommenen Ordrepapiere.[15]) Die wichtige Klasse der indossablen Papiere, bei welchen nur die Form des Indossaments Anwendung findet, auf welche aber die materiellen Vorschriften über Ordrepapiere durch Gesetz nicht erstreckt sind (insbesondere Aktie, Interimsschein, Reichsbankantheil), erfährt hier eine ausführliche und scharfsinnige Erörterung. Bei der historischen Skizze ist dem Verfasser entgangen, daß die Uebertragung der Aktie durch Indossament schon für die Kompagnie des Großen Kurfürsten angenommen wird, das Blankoindossament für die Epoche Friedrichs des Großen nachgewiesen werden kann (Goldschmidts Zeitschrift Bd. 38 S. 597). In dem Abschnitt über die passive Legitimationskraft des Indossaments erscheint die Darlegung, daß die Aktiengesellschaft bei vorliegendem Indossamente sich jeder Prüfung der auf den

---

[14]) Dr. S. Jacoby in München. Das Recht der Bank- und Waarenkommission nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Für Juristen und Kaufleute. Erlangen-Leipzig, 1891. Andr. Deichert'sche Verlagsbuchh. Nachf. (Georg Böhme). IX u. 202 S.

[15]) Dr. Franz Hermann Behrend, Kammergerichts-Referendar. Die unvollkommenen Ordrepapiere, insbesondere die indossable Namenaktie. (Art. 182, 183 H.-G.-B.) Leipzig, 1892. Albert Berger. 78 S.

Digitized by Google

Rechtserwerb bezüglichen Fragen entschlagen darf, nicht überzeugend: Art. 183 H.-G.-B. sagt klar, daß der Nachweis des Eigenthumsübergangs zu erbringen ist. Auch an den Gedanken des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrags zwischen dem Aktienerwerber und den übrigen Aktionären halte ich trotz dem Verfasser fest (vgl. dagegen die Successionstheorie von Lippmann in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 39 S. 142 ff.).

Ueber die Börsensysteme der Schweiz handelt W. Kempin.[16]) Die historischen Andeutungen des Verfassers, welcher die Geburtsstätte der Börse an den Wechslertischen der italienischen Handelsplätze entdeckt, entbehren der urkundlichen Belege. Gewiß ist der mittelbare Ursprung der Börse in allen Einrichtungen zu suchen, welche den Abschluß von Handelsgeschäften centralisirten. Aber die Frage ist eben, wann die preisregulirende ständige Börse zuerst historisch nachweisbar in die Erscheinung trat. Und da bietet immerhin die Brügger Institution des 13. Jahrhunderts einen gewissen Anhalt. Der Verfasser erörtert vorweg in anschaulicher Weise eine Anzahl Prinzipien, wie Börsenstrenge, -fähigkeit, -waare, -geschäfte, -schlüsse, -kurs. Mehr eigenthümlich als richtig möchte die rechtliche Definition der Börse als „ein dem Verkehr dienstbar gemachtes Rechtsinstitut oder die Verbindung von mehreren, auf gemeinsamen Prinzipien beruhenden Gruppen von Rechtssätzen zu einem vollständigen Rechtssystem" sein. Das paßt für unzähliges Andere auch oder, in seiner Unbestimmtheit, für Nichts. Werthvoll ist die zusammenfassende Darstellung des positiven schweizerischen Börsenrechts, der Gesetzgebungskompetenz und -organe, der Börsenverwaltung, -leute, -versammlung, -geschäfte, -preise, -liquidation und -justiz, sowie der in Betracht kommenden privatrechtlichen Bestimmungen. In einem Anhange sind einige Rekursalentscheidungen wiedergegeben. Für ein künftiges deutsches Börsenrecht ist die Schrift zweifellos von nicht zu unterschätzender Bedeutung.

In einer Inaugural-Dissertation behandelt R. Bielschowsky die Prämiengeschäfte.[17]) Ohne tiefere historische Begründung schildert er zunächst die einzelnen Erscheinungsformen dieser Geschäfte. Er geht sodann zu den bisher aufgestellten Theorien über und wendet sich gegen die Beurtheilung des Vertrags als eines einheitlichen, sei es als Spiel oder Wette, als emtio spei, als aleatorischer oder besonderer Wahlrechtsvertrag. B. selbst legt den Lieferungskauf als das gewöhnliche Grundgeschäft unter und erörtert die Einwirkungen, welche dieser bei den einzelnen Arten der Prämiengeschäfte erfährt. So kommt er bei dem einfachen Prämiengeschäfte zu der Auffassung eines unter potestativer Resolutivbedingung stehenden Kaufvertrags, bei dem Nochgeschäfte zu derjenigen eines festen Lieferungsvertrags, welcher mit einer Kauf- bezw. Verkaufsofferte verbunden ist, bei dem Stellgeschäfte zu der Annahme eines pactum de contrahendo. Endlich erörtert B. die Bedeutung des Prämienversprechens,

[16]) Walther Kempin. Die Börsensysteme der Schweiz nach den Ordnungen von Zürich, Basel, Genf. Zürich, 1892. Buchdruckerei von P. Juchli. 111 S.

[17]) Richard Bielschowsky, Referendar. Ueber die rechtliche Natur der Prämiengeschäfte. Breslau, 1892. Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei. 36 S.

Digitized by Google

dessen wirthschaftliche Seite er als eine Versicherung, dessen rechtliche Seite er als ein pactum adjectum zum Hauptvertrag erklärt.

In immerhin verdienstvoller Weise legen J. Grünwald und L. Lilienthal die Verhältnisse im Terminhandel der Berliner Produktenbörse klar.[18]) Sie erhoffen Besserung hinsichtlich der übermäßigen Ausdehnung des Spekulationskredits von einem Einschußsystem unter Anschluß an eine Verrechnungsstelle, welches insbesondere Spekulation nur nach Maßgabe der Mittel erzwänge. Die Verfasser wollen weiter die Stellung des regelmäßig als Proprehändler auftretenden Kommissionärs bei Termingeschäften dahin bestimmen, daß derselbe den nächsten nach Eintreffen des Auftrags amtlich festgesetzten Kurs einzuhalten hat; sie schlagen, um die Unzuverlässigkeit der Kursnotizen zu beheben, vor, daß die vereideten Makler während der Börse, unter Ausschluß eigener Geschäfte, drei Kurse (erste, mittlere und letzte) zu notiren und dieselben auf einer Tafel, mit Angabe der geschlossenen Einzelposten, zu veröffentlichen haben und daß auch die anderen Vermittler durch Angabe ihrer Preise und Schlüsse zu der Kursfeststellung durch den Börsenkommissar mitwirken müssen. Die Verfasser gehen endlich auf die Lagerhausfrage ein. Die mit Sachkenntniß abgefaßte Schrift zeigt von Neuem, wieviel hier noch an Thatsächlichem festzustellen ist, ehe an die rechtliche Lösung gedacht werden kann.

In einer Schrift „zur Börsenreform" bricht A. Eschenbach über die Börse den Stab.[19]) Er meint, daß nicht mehr Vorrath und Bedarf, sondern künstliches Angebot, künstliche Nachfrage die Börsenpreise bestimmen, daß die Spekulation nicht mehr einer gesunden Berechnung der Preisbildung dient, sondern eine reine Kapitalmacht, fast eine reine Kreditfrage geworden ist. Der Verfasser erwartet Wandel vornehmlich aus der Fernhaltung des Privatpublikums von der reinen Spekulation. Indem er das Prinzip der Vertragsfreiheit verwirft, macht er seine Vorschläge zur Beschränkung des Börsenhandels auf die berufsmäßigen Händler und das berufsmäßig handelnde Kapital. Wer an der Börse Handel treiben will, soll sich offiziell als Börsenhändler bekennen. Und für den Verkehr der Börsenhändler mit Privaten soll das allgemeine bürgerliche, nicht das besondere Handels-Recht zur Anwendung kommen. Allein in veränderter Gestalt: Kreditgeschäfte zwischen Börsenhändlern und Privaten sollen unklagbar, theilweise Kredite zwischen einem zur Ausführung von Börsen-, speziell Zeitgeschäften als Kommissionär auftretenden Kaufmann einerseits und einem Privatmann andererseits verboten, Geschäfte

[18]) Jul. Grünwald, Kaufmann und L. Lilienthal, Rechtsanwalt. Zum Terminhandel an der Berliner Produktenbörse. Berlin, 1892. Hermann Lazarus. 64 S.

[19]) A. Eschenbach, Gerichts-Assessor. Zur Börsenreform. 1. Termingeschäft und Börsenreform. Vortrag, gehalten in der ökonomischen Gesellschaft im Königreich Sachsen zu Dresden am 29. Januar 1892. 2. Das Produktentermingeschäft und seine Reform. Gutachten, erstattet dem Deutschen Landwirthschaftsrath. Anhang: Der Fragebogen der Enquete-Kommission. Berlin, 1892. Puttkammer & Mühlbrecht. 56 S.

Digitized by Google

auf Grundlage solchen Kredits nichtig sein. Daneben wird das doch wohl der Beschränkung der Gefahren übertriebenen Börsenspiels dienende Prämiengeschäft der Abschaffung empfohlen. Auch die Inhaberaktie, welche erst jüngst von dem Aktiengesetze grundsätzlich völlig freigegeben worden ist, soll der indossablen Namensaktie weichen. Bei aller Anerkennung des Strebens, den Kreis der Spekulanten einzuschränken, kann diesen Vorschlägen nicht gefolgt werden. Die Enquete-Kommission, deren Fragebogen der Verfasser mittheilt, wird durch Veröffentlichung des gewonnenen Materials erst die Grundlage zu geben haben, auf welcher sachgemäße Reformen aufgebaut werden können.

In einem ähnlichen Gedankenkreise bewegt sich das Gutachten von Munk über Börsenmißbräuche.[20]) Auch hier wird eine Beschränkung des Terminhandels befürwortet: Der Verfasser will die Zulassung von Waaren oder Werthpapieren zum Terminhandel von einer Anordnung des Reichskanzlers abhängig machen, welche nur bei internationalem Handel in dem betreffenden Objekte stattfinden soll. Er versagt Termingeschäften über börsengängige Waaren 2c. die Klagbarkeit, sofern sie nicht zwischen eingetragenen und zum Börsenbesuche zugelassenen Firmen geschlossen sind. Für den inneren Börsenverkehr läßt er dagegen die Spieleinrede nur bei ausdrücklichem Ausschlusse der Lieferpflicht zu. Die Mißstände im Kommissionshandel führen den Verfasser zu den Forderungen gänzlicher Aufhebung des Rechtes zum Selbsteintritte bezüglich der Werthpapiere mit Börsenpreis, sowie der Einschränkung dieses Rechtes in anderen Fällen (Genehmigung des Kommittenten bei Termingeschäften, Ausübung nur an der Börse durch Erklärung gegenüber einem Makler). Durch anderweite Vorschriften wird ein Schutz gegen Unterschlagungen der Kommissionäre gesucht. Die Mängel der Kursfeststellung geben ebenfalls zu Vorschlägen Anlaß: Der Art. 69 H.-G.-B., welcher sich für die vereideten Makler nicht bewährt haben dürfte, soll nunmehr auf alle Börsenmakler erstreckt werden, die Feststellung der Kurse auf den Notirungen sämmtlicher Makler beruhen. Der Reklame soll durch Ausdehnung des Art. 249d des Aktiengesetzes begegnet werden. Zweifellos verfügt Munk, welcher den Vorsitz einer Berliner Kammer für Handelssachen führt, über erhebliche Sachkenntniß; er versteht gut zu schreiben und seine Vorschläge scharf zu formuliren. Aber auch derjenige, welchem jede Sympathie für die Börse fern liegt, muß erkennen, daß solche Gesetzesnormen weit über das Ziel hinausschießen: Privilegirte Spielpapiere und privilegirte Spieler — das ist schließlich der rothe Faden, welcher das Gutachten von Munk, selbstverständlich nicht nach der Meinung des Verfassers, durchzieht. — Auf der einen Seite der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, welchem sicherlich nicht zu Unrecht der Vorwurf individualistischer und kapitalistischer Tendenz reinsten Manchesterthums gemacht wird, auf der anderen Seite dergleichen Gesetzesvorschläge, welche in großen Parteien des Reichstags ihren festen Rückhalt haben: das sind nicht lösbare Gegensätze, welche billig an dem Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung zweifeln lassen.

[20]) Munk, Landgerichtsrath in Berlin. Mißbräuche an den Börsen. Gutachten. Berlin, 1892. Carl Heymanns Verlag. 58 S.

Digitized by Google

III.

Anzeigen.

Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung der Rechtshülfe. Begründet und herausgegeben von Ferdinand Böhm, Oberlandesgerichtsrath am Kgl. Oberlandesgerichte Nürnberg. Bd. 1 u. 2. Erlangen, 1891—92. Palm & Enke (Carl Enke). VIII u. 766 bezw. VIII u. 674 S.

Die bereits in diesem Archiv Bd. 5 S. 159 angezeigte Zeitschrift schreitet rüstig fort. Unter den Rubriken: Abhandlungen, Rechtsprechung, Gesetzgebung ꝛc., Internationale Verträge, Rechtsverhältnisse in den deutschen Schutzgebieten, Vermischte Mittheilungen, Litteraturbericht ist ein ungemein reiches Material zusammengetragen. Der Herausgeber hat es verstanden, eine erhebliche Anzahl ausländischer Juristen zur Mitarbeit heranzuziehen, und dadurch eine anziehende Mannigfaltigkeit in Stoff und Art der Darstellung erzielt. Wer, wie Referent, häufig in der Lage ist, amtlich auf die Fragen der Rechtshülfe gegenüber dem Ausland eingehen zu müssen, findet auch für den praktischen Bedarf beste Unterstützung. Es kann nur wiederholt dem Wunsch Ausdruck gegeben werden, daß die Zeitschrift die verdient weite Verbreitung findet.

Dr. L. v. Bar, Professor an der Universität Göttingen, Mitglied des Instituts für internationales Recht. Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts. Stuttgart, 1892. Ferdinand Enke. XVI u. 860 S.

Der Herausgeber der Juristischen Handbibliothek hat sich durch die Gewinnung Bar's zur Bearbeitung des vorliegenden Buches ein neues Verdienst erworben. Mit Recht weist der Verfasser darauf hin, daß, zumal im Vergleiche zu Frankreich und Italien, das Studium des internationalen Privat- und Strafrechts auf den deutschen Universitäten arg vernachlässigt wird. Um so freudiger ist es zu begrüßen, daß nunmehr ein so bewährter Kenner dieses Rechtes für die Zwecke der Praxis und des Studiums ein kurzes Lehrbuch bietet. Selbstverständlich schließt sich der Verfasser in der Materie des Privatrechts einschließlich des Civilprozeßrechts an sein umfassendes Werk „Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts“ (2. Aufl. 1889, auch englisch 1892)

Digitized by Google

an. Die Bestimmungen, welche über internationales Privatrecht für den Entwurf e. B. G.-B. ausgearbeitet sind, haben Berücksichtigung gefunden, unter gerechter Verurtheilung der mit ihnen getriebenen Geheimnißkrämerei. Dem Privat- und Civilprozeßrecht ist der Löwenantheil der Bearbeitung zugefallen (S. 1—206). Im Strafrecht und Strafprozeßrecht (S. 207—335) hat besonders die wichtige Auslieferungsfrage gebührende Rücksicht erfahren (S. 277—335). Mit Rücksicht auf die Bestimmung des Buches hat Bar vornehmlich die deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung in Betracht genommen.

Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für Rudolf von Ihering zum fünfzigjährigen Doktor-Jubiläum am 6. August 1892. Leipzig, 1892. A. Deichert'sche Verlagsbuchh. Nachf. (Georg Böhme). 210 S.

Festgabe der Kieler Juristen-Fakultät zu Rudolf v. Iherings fünfzigjährigem Doktor-Jubiläum am 6. August 1892. Abhandlungen von Max Pappenheim, Theodor Kipp, Adolph Frantz, Siegmund Schloßmann. Kiel und Leipzig, 1892. Lipsius & Tischer. 254 S.

Juristische Festgaben für Rudolf von Ihering. Zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum ihres früheren Mitgliedes gewidmet von der Rostocker Juristenfakultät am 6. August 1892. Stuttgart, 1892. Ferdinand Enke. 221 S.

Althergebrachter akademischer Sitte gemäß sind von verschiedenen Juristenfakultäten zu Rudolf von Ihering's fünfzigjährigem Doktorjubiläum litterarische Gaben dargebracht worden. Zunächst selbstverständlich von Göttingen. Hier behandelt B. Ehrenberg die ungemein wichtige Lehre von der Verantwortlichkeit der Versicherungsgesellschaften für ihre Agenten. Der Verfasser wendet sich gegen die Auffassung der Versicherungsgesellschaften, welche in dem Agenten nur den Makler erblicken, und erachtet die Anschauung des Publikums für die richtige, derzufolge derselbe Vertrauensmann des Versicherers ist. Er geht davon aus, daß sich die rechtliche Verantwortlichkeit der Gesellschaften für ihre Agenten nicht auf Grund allgemeiner Begriffe (Auftrag, Vollmacht, Stellvertretung) oder mit allgemeiner Formel entscheiden läßt, sondern daß, nach Abgrenzung der Rechtsstellung des Agenten gegenüber anderen Mittelspersonen, alle einzelnen Funktionen des Agenten nach ihrem Zweck auf Vollmachtsfunktionen zu untersuchen sind und alsdann noch die Frage vertragsmäßiger Einschränkung oder Aufhebung der Verantwortlichkeit vermittels der Versicherungsbedingungen geprüft werden muß. Ehrenberg erklärt die Versicherungsagenten als selbständige Gewerbetreibende, welche von einem Versicherer ständig beauftragt sind, seinen geschäftlichen Verkehr mit den Versicherungsinteressenten zu vermitteln. Er geht dann zu den einzelnen Funktionen des Agenten über. Er erachtet den Agenten im Zweifel nicht zur selbständigen Entscheidung über die Annahme des Versicherungsantrags, wohl aber zur Ablehnung des Antrags, Kündigung und Annullirung des Vertrags für bevollmächtigt; er verneint dessen Ermächtigung zu Befreiungen von den Versiche-

Digitized by Google

rungsbedingungen bei laufender Versicherung, nimmt aber eine unentziehbare Vollmacht für die Auslegung dieser Bedingungen an. Die Anweisung des Agenten, betreffend das Verfahren bei der Rettung, der Ermittelung, Berechnung und Liquidirung des Schadens wird der Gesellschaft gegenüber für absolut bindend erachtet, andererseits dem Agenten keine Vollmacht zu bindenden Erklärungen über die Ersatzpflicht des Versicherers zugestanden. Der Verfasser nimmt ferner eine absolute Vollmacht des Agenten zur Entgegennahme von schriftlichen Erklärungen an, macht aber die Wirksamkeit mündlicher Erklärungen an den Agenten bei schriftlich abzugebenden Erklärungen davon abhängig, ob dieser sie dem Versicherer richtig und rechtzeitig übermittelt hat. Es wird weiter die Ausfüllung der Deklarationen durch den Agenten (in Anschluß an R.-G. in Civils. Bd. 27 S. 151 ff.), die bejahte Vollmacht zur Entgegennahme von Leistungen durch denselben und anderes weniger Wesentliche behandelt. Ehrenberg verhehlt sich nicht, daß seine Ausführungen, zumal hinsichtlich der Frage, inwieweit eine Beschränkung der Vertragsfreiheit anzunehmen ist, theilweise Vorschläge de lege ferenda sind. Sein Buch ist besonders insoweit höchst beachtenswerth und von Neuem geeignet, die Nothwendigkeit gesetzlicher Regelung dieses Gebiets klarzustellen. Die in der Schrift hervortretende Parteinahme zu Gunsten des Versicherten ist vom gesetzgeberischen Standpunkt aus sicherlich berechtigt. — In der nämlichen Festgabe bringt F. Regelsberger Streifzüge im Gebiete des Civilrechts. Er räumt zunächst mit dem Begriffe des jus singulare auf. Er erörtert weiter die Pollicitation und das Versprechen eines Beitrags zu einem gemeinnützigen Zweck. Hierbei versagt er der Zusage solchen Beitrags die Aufnahme unter die obligationserzeugenden einseitigen Versprechen (gegen R.-G. v. 20. 4. 86) und grenzt er in zutreffender Weise die Zeichnung eines Beitrags zu einer gemeinnützigen Sammlung gegen die Aktienzeichnung ab. — Weiter handelt ebenda J. Merkel über die sogenannten Sepulcralmulten und F. Frensdorff über die Aufnahme des allgemeinen Wahlrechts in das öffentliche Recht Deutschlands.

Das nämliche Fest hat eine Gabe der Kieler Juristenfakultät, welcher Ihering dereinst angehörte, veranlaßt. Hervorzuheben ist die Darstellung der schwedischen Gesetzentwürfe vom Jahre 1890, betreffend das Gesellschaftsrecht, von M. Pappenheim. In Schweden wird eine umfassende Regelung dieses Rechtes geplant. Es liegen insbesondere Entwürfe vor, welche die schlichten Gesellschaften, die Handelsgesellschaften, die Aktiengesellschaften, die Versicherungs-Aktiengesellschaften und die Wirthschaftsgenossenschaften betreffen. Die schlichte Gesellschaft wird von der Handelsgesellschaft dadurch geschieden, daß der Zweck der letzteren Gewerbebetrieb ist. Doch kann auch die erstere Gesellschaft durch Eintragung in das Handelsregister zur Handelsgesellschaft werden. Die schlichte Gesellschaft ist lediglich als obligatorisches Rechtsverhältniß unter den Gesellschaftern gedacht. Die Handelsgesellschaft (offene Gesellschaft des deutschen Rechtes) ist für rechts- und parteifähig erklärt. Die Haftung der Gesellschafter ist eine solidarische. Die Kommanditgesellschaft ist als Abart der offenen Handelsgesellschaft konstruirt, im Uebrigen wesentlich den Vorschriften des

Digitized by Google

deutschen Rechtes unterstellt. Nur darf der Name des Kommanditisten in der Firma erscheinen. Weder die stille Gesellschaft, noch die Kommanditgesellschaft auf Aktien erfährt Regelung. Die Aktiengesellschaft ist an die Registrirung bei einer vom Könige zu bestimmenden Behörde in Stockholm gebunden. Die juristische Persönlichkeit der A.G. wird nicht besonders markirt. Das Grundkapital muß mindestens 25 000, der Nennbetrag der Aktie 100 Kronen betragen, vorbehaltlich königlichen Dispenses. Die Generalversammlungsbeschlüsse sind für gewisse umgestaltende Akte eigenthümlich qualifizirt (grundsätzliche Zustimmung aller Aktionäre). Für die Vorstandsmitglieder ist prinzipiell Ansässigkeit in Schweden und schwedische oder norwegische Staatsangehörigkeit erfordert, vorbehaltlich wiederum königlichen Dispenses. Der Aufsichtsrath ist nothwendiges Organ. Die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften zerfallen in eingetragene und nicht eingetragene. Die letzteren sind nicht rechts- und parteifähig; es besteht bei ihnen solidarische Haftung. Die eingetragenen G. werden in drei Arten unterschieden, je nachdem die Genossenschafter garnicht, oder beschränkt, oder unbeschränkt haften. Die Centralisirung des Genossenschaftsregisters ist nicht angenommen. Als Normalfall ist das Fehlen jeder Haftung vorgesehen. Unterscheidendes Merkmal gegenüber der A.-G. ist hier der Mangel des festen Grundkapitals. Auch bei Haftung der Genossen findet Einzelangriff nicht statt; vielmehr ist subsidiäre Haftung in Verbindung mit dem Konkurse vorgesehen. — Für eine Würdigung der feinen kritischen Bemerkungen Pappenheims, welche in einer warmen Anerkennung des Gebotenen gipfeln, ist hier kein Raum.

In derselben Festgabe bespricht Th. Kipp die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen (§. 779 C.-P.-O.), A. Frantz das Projekt eines Reichs-Konkordats und die Wiener Konferenzen von 1804, endlich S. Schloßmann das Kontrahiren mit offener Vollmacht. Derselbe vertritt, gegen die herrschende Meinung, auf Grund rein römischen Rechtes die Ansicht, es genüge für die Anwendbarkeit der actio institoria, quasi institoria und exercitoria, daß der institor und magister navis innerhalb des Kreises der ihm vom Herrn übertragenen Geschäfte thätig geworden sei, ohne Rücksicht darauf, ob er im Namen des Herrn, mit offener Vollmacht also, kontrahirt habe.

Die Rostocker Juristenfakultät hat derselben Feier auch ihres früheren Mitglieds drei Abhandlungen gewidmet: von B. Matthiaß über das griechische Schiedsgericht, von K. Lehmann und H. Sachße über den Berliner (1882 erworbenen) Kodex des Dominus Passaguerra von Mailand nebst Beilagen (Mailänder Münzstatut von 1204, Rezension des Mailänder Lehnrechts, Lombarda-Kommentar des Ariprandus — sämmtlich aus dem Kodex, letzterer Kommentar nur besprochen), endlich eine sehr umfangreiches Material zusammentragende von F. Oetker über kriminelle und civile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen.

Ernst Neukamp, Amtsrichter in Bochum. Die Reichsgewerbeordnung in ihrer neuesten Gestalt nebst Ausführungsvorschriften. Textausgabe mit

Digitized by Google

Anmerkungen und Sachregister. Berlin, 1892. Siemenroth & Worms. XV u. 366 S.

Das Gewerberecht ist im Laufe der Jahrzehnte nicht zur Ruhe gekommen; nicht weniger als 15 Abänderungsgesetze, einschließlich des Krankenversicherungsgesetzes und des Gesetzes betreffend die Gewerbegerichte, sind zu der ursprünglichen Fassung vom 21. Juni 1869 bis zum Arbeiterschutzgesetze vom 1. Juni 1891 ergangen. Die Erwägung, daß nunmehr eine gewisse Dauer der Gewerbegesetze durch die letztere Novelle garantirt scheint, hat Neukamp veranlaßt, als Vorläufer eines größeren Kommentars die angezeigte Ausgabe zu veranstalten. Für die Praxis von Bedeutung ist die Anführung der nach Lage der Sache weit verstreuten Materialien hinter jedem Paragraphen. In den Anmerkungen ist das Wesentlichste kurz hervorgehoben. Die Wiedergabe des Stoffes erstreckt sich auf die reichsrechtlichen Vorschriften, welchen insbesondere die umfangreichen Anlagen gewidmet sind.

In zweiter Auflage liegt

Dr. Karl Schenkel, Geheimer Oberregierungsrath im Großh. Bad. Ministerium des Innern. Die Deutsche Gewerbeordnung nebst Vollzugsvorschriften. Erläutert. Bd. 1. Karlsruhe u. Tauberbischofsheim, 1892. J. Lang. 494 S.

vor. Der Verfasser zieht ein umfangreiches Auslegungsmaterial heran; er verwerthet in umfassender Weise die Vollzugsvorschriften und Verfügungen des Reiches, Preußens und der anderen größeren Bundesstaaten, sowie die zahlreichen in Betracht kommenden Entscheidungen. Soweit dies nachgeprüft werden konnte, ist ein erheblicher Fortschritt gegenüber anderen Werken des gleichen Gebiets erzielt. Die für das Handelsrecht wichtige Annahme, daß auch juristischen Personen (Aktiengesellschaften 2c.) die Ausübung eines Gewerbebetriebs zu gestatten ist, bei welchem die erforderliche Konzession oder Erlaubniß nur unter bestimmten Voraussetzungen sachlicher oder persönlicher Art versagt werden darf, findet, gegen das Preußische O.-V.-G. und den Bayerischen V.-G.-H., eine wenigstens mir bisher unbekannte neue Stütze in einer überzeugenden Ausführung des Badischen M. d. J. vom 20. Juni 1885 (S. 73 f.). Entgangen ist dabei dem Verfasser, daß das Reichsgericht (Entsch. in Civils. Bd. 13 S. 146 f.) die entgegenstehende Meinung ohne Weiteres angenommen hat. Zur Schankkonzessionsfrage erscheint die auf mehrfache Entscheidungen gegründete Annahme, daß bei einer Schein-Vereinsbildung mit vorgeschobenen Gemeinschaftsorganen zur Umgehung der Vorschriften der G.-O. polizeiliches Einschreiten und strafrechtliche Ahndung gerechtfertigt ist (S. 233 f.), bedenklich. Trifft dies zu, so waren die Ausführungen bei der Berathung des Genossenschaftsgesetzes, welche die Mißstände bei dem Vertriebe von Spirituosen durch die Konsumvereine auf Grund von Erklärungen der verbündeten Regierungen der Regelung durch ein Trunksuchtsgesetz 2c. vorbehalten wollten (Kommentare zum G.G. vom 1. Mai 1889 von Maurer S. 78 f., von Proebst S. 59 ff.), eigentlich gegenstandslos. Warum die vom Hausirhandel ausgeschlossenen „Werthpapiere" (§. 56 Z. 5

Digitized by Google

G.-O.) nur Inhaberpapiere (S. 433), nicht auch z. B. Namensaktien umfassen sollen, ist nicht ohne Weiteres ersichtlich. Es ergiebt sich, daß für Meinungsverschiedenheiten Raum ist. Aber der Werth des Gebotenen soll damit in keiner Weise verkleinert werden.

Landrichter Dr. Menzen. Reichsgesetz, betreffend den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen, vom 14. Mai 1879 ꝛc. Unter besonderer Berücksichtigung der amtlichen Gesetzesmaterialien und der Rechtsprechung des Reichsgerichts erläutert und zum praktischen Gebrauch herausgegeben. Paderborn, 1891. Ferdinand Schöningh. IV u. 202 S.

Der Verfasser stellt namentlich die Materialien und die Judikatur des Reichsgerichts zu dem wichtigen Nahrungsmittelgesetz in sehr ausführlicher Weise zusammen. Ob es zweckentsprechend war, die Urtheile auf vielen Seiten wortgetreu wiederzugeben, möchte fraglich sein. Der Danziger Weinverfälschungsprozeß (Entsch. d. R.-G. in Strafs. Bd. 14 S. 428 ff.) nimmt auf diese Weise nicht weniger als 8 Seiten ein. Beigefügt ist der Sammlung das Gutachten des Gesundheitsamts über die Verfälschung von Nahrungsmitteln ꝛc. und die sonst in Betracht kommenden Gesetze. So wird ein bequemes Hülfsmittel für den Gerichtsgebrauch geschaffen.

Dr. G. von Wilmowski, Geh. Justizrath, und M. Levy, Justizrath. Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. Mit Kommentar in Anmerkungen. Sechste vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin, 1892. Franz Vahlen. XXI u. 1385 S.

Ueber die Bedeutung des Wilmowski-Levy'schen Kommentars für die Praxis ist nachgerade kaum mehr ein Wort zu verlieren. Das Werk wird unbestritten den Bedürfnissen des Gerichtsverkehrs in denkbar bester Weise gerecht. Die neueste Auflage übertrifft ihre Vorgängerin wiederum um 50 Seiten an Stärke. Mit Dank muß anerkannt werden, daß die Verfasser trotz der häufigen Aufeinanderfolge der Auflagen sich der Mühe nicht entheben, überall nachzuprüfen, ob nicht nach den neuerlichen Ergebnissen der Theorie und Praxis eine Umarbeitung als nothwendig sich herausstellt. So wird das Werk auf der Höhe gründlichster Erläuterung gehalten.

Dr. L. Gaupp in Tübingen. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Erläutert. Zweite, gänzlich umgearbeite Auflage. Band 2. Freiburg i. B., 1892. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). XXII u. 712 S.

Ueber den ersten Band dieses Kommentars ist in diesem Archiv Bd. 4 S. 203 berichtet. Der Verfasser ist sich in dem weiteren Verfolge der Arbeit treu geblieben. Die Methode der systematischen Bearbeitung in Form des Kommentars, unter Verweisung des Citatenschatzes in Anmerkungen, ist mit

Digitized by Google

großem Glücke durchgeführt. Es wird ohne jeden Zweifel ein äußerst werthvolles, auf gründlichen Studien beruhendes Werk geboten, welches dem schönsten Zweck eines Kommentars, den Zusammenhang zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung zu wahren, in einem sonst selten erreichten Maße gerecht wird.

Dr. Rudolph von Ihering, Geh. Justizrath und ordentlicher Professor der Rechte in Göttingen. Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. Zum akademischen Gebrauch bearbeitet und herausgegeben. Sechste Auflage. Jena, 1892. Gustav Fischer. IX u. 275 S.

Die vielbeklagte Entfremdung zwischen Theorie und Praxis des Rechtes ist sicherlich nicht allein der Abneigung des Praktikers gegen die Lösung rechtswissenschaftlicher Probleme zuzuschreiben. Auch der Theoretiker hat reichlichen Antheil an der Schuld, indem er oft genug unbekümmert um die Erscheinungen des Lebens seine Kreise zieht. Es ist eines der großen Verdienste Ihering's, daß er seine Schüler, wie es von anderer Seite bezeichnet wird, „in die lebensvolle Thätigkeit des Rechtes einzuführen wußte". Der Aufgabe, die Begriffe in konkreter Gestalt zu vergegenwärtigen, dienen die vorliegenden Civilrechtsfälle. Mit Recht verwahrt sich Ihering dagegen, Paragraphen eines Kompendiums in kasuistischer Fassung — Haubenstockrechtsfälle, wie er sie nennt, — zu bieten. Seiner Kunst gelang es, das Thatsächliche durch Wahl des Falles und Art der Darstellung für das Gedächtniß zu individualisiren und damit sichere Gewähr für das Festhalten des sich an das Thatsächliche eng anschließenden Rechtlichen zu geben. Die Sammlung ist in der nunmehrigen, sechsten Auflage durch 25 Fälle vermehrt, von welchen Regelsberger 6, Kipp 4 und der Mitarbeiter dieses Archivs Ludwig Goldschmidt 12 beigesteuert haben. Auch diese neuen Beiträge weisen die Vorzüge auf, welche dem Ihering'schen Buche zu so großer Verbreitung verholfen haben.

Einem nicht unähnlichen Zwecke dient das Buch von

Dr. jur. et phil. Richard Schück, Amtsrichter in Frankfurt am Main. Civilprozeßpraktikum. Zum Selbststudium, sowie zum Lehrgebrauche bei den Gerichten. Berlin, 1892. Carl Heymanns Verlag. VIII u. 64 S.

Der Verfasser tritt für den schon wiederholt angeregten Plan ein, mindestens am Sitze jedes Oberlandesgerichts Seminarien für die bessere Ausbildung der Referendare einzurichten, und theilt mit, daß Ansätze zu dieser Einrichtung bereits in Kassel und Frankfurt a. M. bestehen. Schück sucht dem im Uebrigen vorhandenen Mangel in dieser Richtung für das Gebiet des Civilprozesses durch die vorliegende praktische Sammlung abzuhelfen. Er folgt hierbei dem Systeme des Civilprozesses und giebt, im Gegensatze zu den Ihering'schen Fällen, das Thatsächliche ganz kurz, befreit von allem Beiwerke, mit sachentsprechender Frage. Auch auf diese Weise wird der Zweck aller solcher Bücher, zum Denken anzuregen, erreicht; die Auswahl der 161 Fälle beweist die große Sachkunde des Verfassers, welcher einschlägige Uebungen seit Jahren abgehalten hat.

B. Ring.

Digitized by Google

7.

Die Sicherheitsübereignungen.

Von Rechtsanwalt Dr. **Karl Linckelmann** in Hannover.

Inhalt.

I. Der Stand der Frage.
II. Handeln gegen das Gesetz und zum Zwecke der Umgehung.
III. Das Verbot der lex commissoria und das sog. Verbot der Mobiliarhypothek.
IV. Schlußbetrachtung mit einem kurzen Ueberblick über das englische Recht.

I. Der Stand der Frage.

Auf dem Gebiete des sachenrechtlichen Kredits besteht ein eigenartiger Interessengegensatz. Einfach erscheint das Verhältniß vom einseitigen Standpunkte des Gläubigers oder des Schuldners aus. Das Interesse des Gläubigers gebietet unbedingte Gewährleistung für das Recht auf die gestellte Sicherheit, das Interesse des Schuldners einen ausreichenden Schutz gegenüber den Gefahren der wirthschaftlichen Ueberlegenheit des Gläubigers. Sobald man aber es unternimmt, ausschließlich nach einer Seite hin Folgerungen zu ziehen, zeigt sich das Verwickelte des Verhältnisses, es tritt eine Wechselwirkung der Interessen in die Erscheinung, deren richtiger Ausgleich zu den schwierigsten Theilen des gesetzgeberischen Problems gehört.

Ueberblicken wir die geschichtliche Entwickelung des Pfandrechts, so kann nicht behauptet werden, daß die Rücksicht auf das Interesse des Schuldners übertrieben worden ist. In dieser Beziehung bildet noch heute im gemeinen Rechte wie in den meisten Partikulargesetzen das vornehmste Schutzgesetz das Verbot der lex commissoria. Wesentlich anders gestaltet sich das Urtheil über die Art und Weise, in welcher den Interessen des Gläubigers Rechnung getragen worden

Digitized by Google

ist. Während die altrömische fiducia zu einseitig den Gläubigerstandpunkt betonte, bildete sich nach und nach ein Rechtszustand heraus, in welchem die dingliche Sicherheit des Gläubigers fast ausschließlich noch durch die persönliche Redlichkeit des Schuldners getragen war. Das System dieses Rechtszustandes, namentlich die Mannigfaltigkeit der gesetzlichen und bevorzugten Pfandrechte, die Zulässigkeit der Hypothek an beweglichen und unbeweglichen Sachen ohne jede Einschränkung, das Institut der Generalhypothek, hat für die Folgezeit die Möglichkeit einer sachgemäßen Ausgestaltung des Realkredits thatsächlich vernichtet und mußte vor den neuzeitlichen Bedürfnissen entwickelter Verkehrsverhältnisse zusammenbrechen. Diesem System gegenüber entstand, schon berücksichtigt in den großen Gesetzgebungswerken aus dem Ende des vorigen und dem Anfange dieses Jahrhunderts, jene gewaltige Bewegung, deren Endziel es war, die Dinglichkeit des Pfandrechts vor jeder Anfechtung sicher zu stellen, und deren Parole lautete „Publizität und Spezialität" des Pfandrechts.

In dem Rechtsverkehr mit unbeweglichen Sachen traf diese Bewegung zusammen mit altdeutschen Einrichtungen und Anschauungen und hat überall dort ihren vorläufigen Abschluß gefunden, wo die Grundbucheinrichtungen zur Anwendung gebracht wurden. Bei beweglichen Sachen schien dagegen das Buchsystem zu versagen. Man suchte hier nach anderen Unterlagen und gelangte schließlich zu dem Grundsatze, die Pfandsatzung beweglicher Sachen nur als Faustpfandrecht im engsten Sinne des Wortes unter Ausschluß der Innehabung des Schuldners anzuerkennen. Dieser Grundsatz beseitigte mit einem Schlage die Unzuträglichkeiten des römischen Rechtes und umgab die Rechtsstellung des Gläubigers mit einer Sicherheit, welche der fiducia nahe kam. Indem aber nunmehr nur noch solche Gegenstände zur Pfandsatzung geeignet waren, deren Gebrauch und Nutzung der Schuldner entbehren konnte, zeigte sich, daß die Bewegung weit über das Ziel hinausgeschossen war. Keineswegs soll es als wünschenswerth bezeichnet werden, daß der Schuldner in der Lage sein muß, dasjenige, was ihm selbst oder seiner Familie nothwendig ist, zu verpfänden. Derartige Gegenstände sollten vielmehr wie der Zwangsvollstreckung so auch der freiwilligen Verpfändung im Interesse der Menschlichkeit entzogen sein. Allein die

Digitized by Google

Ausschließlichkeit der Faustpfandform schränkt die Objekte des Mobiliarkredits auch in solchen Fällen ein, in denen erfahrungsgemäß ein gerechtfertigtes Bedürfniß zur Verpfändung nachweisbar ist. Mit welchem Rechte soll es dem Gewerbetreibenden, mit welchem Rechte dem Landwirth versagt sein, auf das ihm gehörige bewegliche Inventar Geld her zu leihen?

In der Wissenschaft mehren sich die Stimmen, daß die gegenwärtige Gestaltung des Pfandrechts den gesunden Mobiliarkreditverkehr schwer getroffen hat.[1])

Den lautesten Protest enthält aber die Praxis, aus welcher das unausrottbare Streben uns entgegentritt, die Pfandrechtstypen durch andere Rechtsformen zu ersetzen.

Zweierlei war es, worauf das Augenmerk gerichtet werden mußte, zunächst die Dinglichkeit der Sicherung. Anstatt des dinglichen Rechtes an fremder Sache wird dem Gläubiger das Eigenthumsrecht eingeräumt im Abhängigkeitsverhältnisse zur Schuld. Wenn dabei das Abhängigkeitsverhältniß nur obligatorisch zum Ausdruck gebracht wird, so liegt die Kategorie der unbedingten oder fiduziarischen Eigenthumsübertragung vor, welche wiederum einen verschiedenartigen Charakter aufweist, je nachdem die Schuld durch die Nebenberedung vernichtet wird oder nicht. Im letzteren Falle hat die Nebenberedung den einfachen Inhalt, daß der Gläubiger sich vertragsmäßig verpflichtet, das Eigenthum nach Tilgung der Schuld auf den Schuldner zurück zu übertragen. Die Nebenberedungen, durch welche die Schuld vernichtet wird, treten vorwiegend in der Form des Kaufs mit vorbehaltenem Rückkauf auf

[1]) Vergl. Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien, S. 7.

Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Rechtsanwalt Scholler, S. 380.

Es giebt gewerbliche Unternehmungen, deren Kapitalien vorwiegend in beweglichen Sachen angelegt sind. Z. B. wird das Vermögen einer Pferdeeisenbahngesellschaft in der Regel hauptsächlich aus rollendem Material bestehen. Derartige Unternehmungen oder Gesellschaften sind bei dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung nicht in der Lage, ihr Vermögen als Kreditunterlage zu benutzen, d. i. sie sind nicht in der Lage, größere Anleihen gegen dingliche Sicherheit aufzunehmen.

Digitized by Google

und haben alsdann die Rechtsfolge, daß die Gefahr auf den Gläubiger-Eigenthümer übergeht; nicht selten wird aus diesem Grunde dem Schuldner eine Rückkaufsverpflichtung auferlegt. Auf der anderen Seite ist es möglich, daß das Eigenthumsrecht nicht fiduziarisch, sondern bedingt übertragen wird, bedingt bald suspensiv durch den Verfall, bald resolutiv durch die Zahlung der Schuld. Gewöhnlich findet die bedingte Eigenthumsübertragung ihre causa in einem Kaufvertrage, bei welchem der Preis durch die Schuldsumme zuzüglich der aufgelaufenen Zinsen gebildet wird, oder in einer datio in solutum.

Die zweite Forderung, welche das Bedürfniß des Verkehrslebens stellt, ist die Bestellung einer dinglichen Sicherung an beweglichen Sachen ohne Aufgabe der Innehabung. Diesem Bedürfnisse ist das constitutum possessorium dienstbar gemacht worden. Die Eigenthumsübertragung erfolgt durch die Erklärung des Schuldners, daß er von jetzt nur noch Namens des Gläubigers besitzen wolle. Wer dabei die Begründung eines das constitutum possessorium rechtfertigenden obligatorischen Verhältnisses für erforderlich erachtet, wird entweder den Leihvertrag wählen müssen,[2]) nämlich dann, wenn das Schuldverhältniß durch die Nebenberedung nicht berührt wird, oder den Mietvertrag in dem umgekehrten Falle: an die Stelle des untergegangenen Zinsanspruches tritt der Mietanspruch in der Höhe des vereinbarten Zinsfußes.

Diese Ersatzgeschäfte des Pfandrechtes oder, wie wir sie in der Folge nennen wollen, diese Sicherungsübereignungen, haben in der Literatur und in der Praxis eine sehr verschiedenartige Beurtheilung gefunden. In der Literatur ist ihre Rechtswirksamkeit vom Standpunkte der pfandrechtlichen Reformgesetzgebung aus bekämpft worden. Man erblickt in der neueren Entwicklung dieser Gesetzgebung, durch welche die Zulässigkeit der Mobiliarhypothek sowie des constitutum possessorium beim Faustpfande beseitigt worden ist, Verbotsgesetze, und folgert hieraus, daß auch die Eigenthumsübertragung, wenn sie im Wege des constitutum possessorium und nur zum Zwecke der Sicherung einer Forderung erfolge, nichtig sei. Dabei verwerthet man vorwiegend

[2]) Ob der Leihvertrag genügt, ist eine hier nicht zu erörternde Frage. Vergl. Jhering, Der Besitzwille, S. 224 ff.

Digitized by Google

den Rechtsgedanken des agere in fraudem legis, so namentlich Kohler, Bähr, Hellweg, während die Leist'schen Ausführungen dem Wesen der Sache nach darauf hinauslaufen, daß ein agere contra legem vorliege.[3]) Der zuletzt genannte Schriftsteller erweitert das Gebiet der Nichtigkeit noch durch Heranziehung des Verbotes der lex commissoria, von welchem selbst eine ohne constitutum possessorium vermittelte Eigenthumsübertragung ergriffen werde, wenn die Sache unter der Bedingung der Nichtzahlung der Schuld an Zahlungsstatt überwiesen sein solle. Befriedigung könne sich der Gläubiger in diesem Falle nur durch Verkauf der Sache verschaffen.

In der Rechtsprechung haben die Angriffe der Wissenschaft nur vereinzelt Anklang gefunden. Von weittragender Bedeutung war es namentlich, daß das Reichsgericht mit wachsender Entschiedenheit den Standpunkt vertreten hat, daß die sonstige Rechtswirksamkeit der Geschäfte durch den Sicherungszweck nicht beeinträchtigt werde. Die Erkenntnisse des Reichsgerichts sowie sonstige Erkenntnisse höherer Gerichte sind in der Anmerkung zusammengestellt.[4]) Das Verbot

---

[3]) Vergl. Kohler in den Jahrb. für die Dogm. des Jh. r. und d. R. Bd. 16 S. 91 ff.; Bähr, Urtheile des Reichsgerichts 1883 S. 52 ff.; Hellweg, Archiv für civ. Praxis, Bd. 64 S. 369—394; Leist a. a. O. S. 69 ff. und S. 85 ff.

[4]) Mit fiduziarischen Sicherungsübereignungen haben sich beschäftigt:

1. Urtheil vom 9. Oktober 1880 in Sachen F. (Kl.) gegen Eheleute S. (Beklagte) I. Senat in R.-G.-E. Bd. II S. 168 und Seufferts Archiv N. F. Bd. VI Nr. 101.
2. Urtheil vom 13. Oktober 1880 in der mecklenburgischen Sache T. (Kl.) w. C. (Bekl.) in R.-G.-E. Bd. II S. 170. Anm. 1. I. Senat.
3. Urtheil des I. Senates vom 10. Januar 1885 in Sachen B. (Bekl.) wider S. (Kl.) in R.-G.-E. Bd. XIII S. 200 ff.
4. Urtheil des II. Senates vom 17. März 1885, betr. den code civil in Sachen L. (Bekl.) wider R. u. B. (Kl.) in R.-G.-E. Bd. XIII S. 298.
5. Urtheil des III. Senates vom 7. Mai 1880 in der preußisch-hessischen Sache Creydt'sche Konkursmasse wider Rosenberg in Seufferts Archiv N. F. Bd. VI Nr. 98.
6. Urtheil des III. Senates vom 9. Januar 1880 in Sachen Fuhrmann wider Rosenberg in Seufferts Archiv Bd. VI N. F. Nr. 99.
7. Urtheil des VI. Senates vom 2. Juni 1890 in Sachen K. (Bekl.) wider H. u. G. (Kl.) Hamburg in R.-G.-E. Bd. 26 S. 180.

Digitized by Google

der lex commissoria ist, soweit uns bekannt ist, in seiner Rückwirkung auf die Sicherungsübereignungen noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidung gewesen; die Erkenntnisse in Bd. II S. 333 und in Bd. IV S. 51 R.-G.-E. erörtern die Frage, ob nicht überhaupt das Verbot der lex commissoria durch das Bundes- bezw. Reichsgesetz vom 14. November 1867 betr. die vertragsmäßigen Zinsen aufgehoben sei.

Den Sicherungsübereignungen wird von Leist der zum Zwecke der Sicherung einer Forderung gemachte Eigenthumsvorbehalt theoretisch gleichgestellt mit folgender Begründung (S. 48 a. a. O.):

„Der Vorbehalt des Eigenthums bildet einen Nebenvertrag neben dem Kaufvertrag.

Wir lernten Geschäfte kennen, welche zur Sicherung einer Forderung Eigenthum unter der Bedingung übertragen, daß die Forderung nicht getilgt werde. Diese Forderung kann auch eine

---

Dem zuletzt genannten Urtheile liegt ein Thatbestand zu Grunde, nach welchem die Eigenthumsübertragung zum Zweck der Sicherung einer Forderung erfolgt ist, ohne daß die zu sichernde Forderung selbst durch die auf die Rückübertragung des Eigenthums gerichtete Nebenberedung berührt wird, während in allen übrigen Urtheilen mehr oder weniger klar die Nebenberedung in der Form des Kaufs mit vorbehaltenem Rückkauf auftritt und mithin geeignet war, die zu sichernde Forderung zu vernichten.

Das einzige Urtheil, welchem eine bedingte Eigenthumsübertragung zum Zwecke der Sicherung einer Forderung vorgelegen hat, ist das Urtheil des III. Senates vom 24. September 1880 in Sachen H. H. (Bekl.) wider L. H. (Kl.) in R.-G.-E. Bd. II S. 173 ff. und Seufferts Archiv Bd. VI Nr. 100.

Auf Sicherungscessionen beziehen sich das Urtheil vom 4. Dezember 1886 IV. Senat in Sachen L. contra Gr. Konk. (Jur. Wochenschrift, Jahrgang 1887, S. 21) und das Urtheil desselben Senates vom 18. Dezember 1883 (Gruchot Bd. 27 S. 1088). Uebereinstimmend die Erkenntnisse des R.-O.-H.-G. in Bd. III S. 432 und Bd. XIV S. 168.

Zur Beurtheilung der Reichsgerichtssprechung sind zu vergleichen Bähr a. a. O. S. 63 und Leist a. a. O. S. 91.

Von sonstigen Erkenntnissen höherer Gerichte seien erwähnt:

1. Seufferts Archiv Bd. VII Nr. 282, Bd. XIX Nr. 122 und Bd. XLI Nr. 85 (Rostock), sowie Bd. XLI Nr. 86 (Hamburg) für die Gültigkeit der Sicherungsübereignungen.

2. Seufferts Archiv Bd. X Nr. 243 (Stuttgart) gegen dieselbe.

Vergl. endlich das Urtheil des vormaligen Oberappellationsgerichtes Celle vom 7. November 1860 bei Seuffert Bd. XIV Nr. 282.

Digitized by Google

Kaufpreisforderung sein, die dadurch gesichert war, daß ein anderer Gegenstand als das Kaufobjekt übereignet wird. Es ist aber auch denkbar, daß sich der Käufer die gekaufte Sache unbedingt zu Eigenthum tradiren läßt und sie sofort dem Verkäufer für den Fall, daß der Preis nicht gezahlt werde, zurücktradirt.

Die beiden Uebertragungsakte erspart der Vorbehalt des Eigenthums, die beiden Uebertragungen enthält er."

Auf eine eingehende Widerlegung dieser Auseinandersetzung müssen wir an dieser Stelle verzichten. Was durchschlagend gegen dieselbe ins Gewicht fällt, ist u. E. die Erwägung, daß nunmehr die durch den Vorbehalt bezweckte Sicherung aus dem Vermögen des Käufers (Schuldners) bestellt werden würde. Unzweifelhaft ist der Vorbehalt ein Mittel zur Sicherung einer Forderung, das Wesen des Vorbehaltes liegt aber nach dem ausgesprochenen Parteiwillen darin, daß die Sicherung durch die eigene Sache des Verkäufers (Gläubigers) bestellt wird. Der Verkäufer will sein Eigenthumsrecht am Kaufobjekte bis zu demjenigen Augenblicke sich erhalten, in welchem der Käufer den Kaufpreis, d. i. den wirthschaftlichen Gegenwerth der Sache, bezahlt haben wird. Die Unterstellung, daß in dem Eigenthumsvorbehalt zwei Uebertragungen enthalten seien, nämlich die Uebertragung des Eigenthums auf den Käufer und die Rückübertragung desselben auf den Verkäufer, beruht auf der Fiktion, daß die Parteien das Gegentheil desjenigen wollen, was sie aussprechen. Diese Fiktion muß jedenfalls solange zurückgewiesen werden, als die Zulässigkeit des Eigenthumsvorbehaltes im Sinne des Parteiwillens aufrecht erhalten werden kann.

Die Erwägung, daß in dem Eigenthumsvorbehalt die Sicherung durch die Sache des Verkäufers bestellt wird, macht sich praktisch geltend in dem Verhältnisse zu anderen Gläubigern des Käufers. Kein sonstiger Gläubiger ist bei dem Eigenthumsvorbehalt zu Gunsten eines Verkäufers von Sachen unmittelbar interessirt. Zwar ist sofort zuzugeben, daß der Eigenthumsvorbehalt ähnliche Gefahren in sich birgt wie die Sicherungsübereignungen, daß er gleichfalls geeignet ist, die Vermögenslage des Schuldners im Verhältnisse zu anderen Gläubigern zu verdunkeln. Seine Wirkung ist um so weitreichender, als er für das große Gebiet der Abzahlungsgeschäfte, insbesondere der sog. Möbelleihverträge, das weitverbreitete und

Digitized by Google

allbekannte Mittel bietet. Die Abzahlungsgeschäfte sind zur Genüge erörtert; es ist nicht nöthig, die schädlichen Wirkungen klarzulegen, welche die drückenden Bedingungen derartiger Geschäfte auf die allgemeine Vermögenslage eines Schuldners ausüben können. Allein immerhin stellt doch der Kauf mit Eigenthumsvorbehalt auch in der schlimmsten Form des Abzahlungsgeschäftes noch die Anwartschaft auf einen Erwerb vor. Und niemals können die Umstände des Falles so liegen, daß durch das Geschäft den Gläubigern auch nur ein einziges zum Vermögen des Schuldners gehöriges Stück entzogen war. Ein unmittelbarer Nachtheil der sonstigen Gläubiger ist thatsächlich ausgeschlossen. Das tritt namentlich auch in der Frage der Anfechtbarkeit des Geschäftes nach dem Reichsgesetze vom 21. Juli 1879 und der Reichskonkursordnung heraus, einer Frage, welche beim Eigenthumsvorbehalt gar nicht aufgeworfen werden kann.[5])

II. Handeln gegen das Gesetz und zum Zwecke der Umgehung.

Von einem Handeln gegen das Gesetz und zum Zwecke der Umgehung kann nur die Rede sein im Verhältnisse zu verbietenden Gesetzen. Das ist ohne Weiteres klar bei dem Handeln gegen das Gesetz.

Nach fr. 29 D. de leg. und fr. 30 D. eod, sowie nach const. 5 de leg. Cod. 1. 4. bedeutet agere contra legem dasjenige thun, was ein Gesetz verbietet. Hierin liegt Folgendes:

Unumgängliche Voraussetzung bildet ein Rechtsgeschäft, welches an und für sich mit allen Erfordernissen seiner Gültigkeit ausgestattet ist, dessen Thatbestand als solcher geeignet ist, die gewollte rechtliche Wirkung zu erzeugen. Ein ohnehin unwirksames Rechtsgeschäft zu verbieten, wäre sinnlos, das hieße nichts Anderes, als gegen Windmühlen kämpfen. Unter ein gesetzliches Verbot kann nur dasjenige Thun fallen, welches für sich betrachtet den Anforderungen der Rechtsordnung genügt.

Auf civilrechtlichem Gebiete werden den Verbotsgesetzen die Gebotsgesetze oder berechtigende Rechtssätze gegenübergestellt.[6]) Das

[5]) Uebereinstimmend die englische Rechtsauffassung. Vergl. unten S. 230.

[6]) Vergl. Windscheid, Pandekten §. 27. Begriffsentwickelnde Rechtssätze kommen für unsere Untersuchung nicht in Betracht.

Digitized by Google

sind diejenigen Rechtssätze, in welchen die Anforderungen der Rechtsordnung zum Ausdruck gelangen, in welchen die Voraussetzungen bestimmt sind, an deren Eintritt der Erwerb oder Verlust von Rechten sich knüpft. Wenn in einem gegebenen Falle die gesetzlichen Voraussetzungen der Entstehung oder des Unterganges eines Rechtes nicht gewahrt sind, so ereignet sich nichts weiter als, was selbstverständlich ist, daß nämlich die gewollte rechtliche Wirkung nicht eintritt. Der Nichteintritt der gewollten Wirkung beruht dann aber nicht auf der Verletzung, sondern auf der Nichterfüllung einer gesetzlichen Vorschrift.[7])

Nicht minder nothwendig gelten diese Vorbedingungen für das agere in fraudem legis. Ein gebietendes Gesetz kann nicht umgangen werden. Jeder Versuch nach dieser Richtung wäre ein fruchtloses Beginnen, ein Handeln mit untauglichen Mitteln, ein Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung. Auch jeder Schleichweg ist den Parteien verlegt, wenn sie sich nicht den Folgen der Simulation aussetzen wollen; denn das dissimulirte Geschäft ist nur gültig, wenn die besonderen Voraussetzungen seiner Gültigkeit gewahrt sind.

Zu diesen Begriffsmerkmalen gesellt sich nun dasjenige, in welchem sich der Unterschied von dem agere contra legem ausdrückt. Unter den römisch-rechtlichen Verboten befinden sich solche, durch welche dem Ausdruck nach lediglich eine bestimmte Rechtsform, ein bestimmtes Rechtsinstitut, mißbilligt wird. Dahin gehören insbesondere das Senatusconsultum Macedonianum, Vellejanum und die Zinsverbote. Wenn die Parteien nunmehr versuchten, die rechtsgeschäftliche Wirkung der verbotenen Rechtsinstitute durch die Anwendung eines anderen Rechtsinstitutes zu erreichen, so sagte man sich: das ist dasselbe, die Handlung verstößt zwar nicht gegen den Wortlaut, wohl aber gegen den Geist des Gesetzes und ist in fraudem legis vorgenommen.

Agere in fraudem legis ist nach römischer Auffassung hiernach die Herbeiführung einer verbotenen rechtsgeschäftlichen Wirkung durch die Anwendung einer erlaubten Rechtsform.

Dieser Gedanke hat sich äußerst fruchtbar erwiesen im klassischen römischen Rechte, in dem Rahmen eines Aktionensystems, in welchem

[7]) Vergl. Endemann „Ueber die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze", insbes. S. 69 ff. und S. 75 ff.

Digitized by Google

das Recht des Klägers davon abhing, daß ihm eine actio zur Seite stand. Wenn unter dem Drucke dieses Systems sich ein Verbotsgesetz in die Form kleidete, daß es die aus einem gegebenen Rechtsverhältnisse sonst entspringende actio versagte, so blieb es wahr, daß jede andere actio nicht versagt war. Die Versagung der Darlehnsklage im Verhältnisse zu Haussöhnen enthielt keine Versagung der Kaufklage. Hier war es von normgesetzlicher Wichtigkeit, auszusprechen, daß es den Parteien nicht gestattet sein sollte, die Versagung der einen actio dadurch zu vereiteln, daß sie den thatsächlichen Grund zu einer anderen actio legten. Aber auch nur bei dieser Art von Verbotsgesetzen. Lautete von vornherein ein Verbot so allgemein, daß durch seinen Ausdruck schon alle Rechtsverhältnisse betroffen wurden, welche betroffen werden sollten, so konnte von einer Umgehung des Gesetzes nicht mehr die Rede sein. Hierher gehört das Verbot der gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfte, durch welches ein jedes derartiges Rechtsgeschäft vernichtet wird, in welcher Form es auch auftreten mag. Hierher gehört auch das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, indem dasselbe gleichfalls den gesammten Rechtsapparat erschöpft und unmittelbar zurückwirkt auf jede Vermögensveränderung, deren Ursache oder Titel in der reinen Schenkung zu erblicken ist. Wohl kann die Geschäftsabsicht verschleiert werden, eine Umgehung des Verbots ist nicht möglich, weil sich ein zur Umgehung geeignetes Geschäft nicht darbietet. Nichts anderes sagen die Quellen, in denen wir an keiner Stelle den Gesichtspunkt des agere in fraudem legis angedeutet finden. Namentlich kann nicht, wie Bähr a. a. O. ausführt, der Verkauf einer Sache unter dem Preise, wenn unter Ehegatten geschlossen, als ein zur Umgehung des Verbotes abgeschlossenes Geschäft bezeichnet werden. Das fr. 38 D. de contr. emt. 18. 1 sagt von einem solchen Geschäfte lediglich aus, daß es nullius momenti sei. Wenn die Schenkung unter Ehegatten in einen lästigen Vertrag eingekleidet wird, so greifen die Grundsätze über Simulation und Dissimulation Platz, nur daß hier das verdeckte Geschäft, die Schenkung, weil von dem Verbote betroffen, stets nichtig ist. Selbst die Scheidung der Ehe zum Zwecke der Verwirklichung einer Schenkung verfing nicht, wenn dieselbe nur zum Scheine vorgenommen worden war (fr. 64 D. de don. i. v. et ux. 21. 1).

Digitized by Google

Die Bestimmungen über das agere in fraudem legis haben nach diesen Ausführungen den Zweck gehabt, die Wirkung des Verbotsgesetzes in denjenigen Fällen zu sichern, in welchen sein Wortlaut nicht mehr zutraf. Die Anwendung des Gesetzes soll unter der Unzulänglichkeit des Ausdruckes nicht leiden. Diese Bedeutung der Gesetzesumgehung mußte sich im Laufe der Rechtsentwickelung in dem Maße abschwächen, in welchem der formalistische Charakter des älteren römischen Rechtes abgestreift wurde. Für das heutige Recht kann ein rechtlicher Unterschied zwischen dem agere contra legem und dem agere in fraudem legis nicht mehr aufrecht erhalten werden. Das fr. 30 D. cit. „et quod distat ῥητον ἀπὸ διανοιας, hoc distat fraus ab eo quod contra legem fit" ist jetzt nichts Anderes mehr, als die Anwendung der allgemeinen Auslegungsregel: „scire leges non hoc est, verba eorum tenere, sed vim ac potestatem." Der Begriff der Gesetzesumgehung, welcher durch das römische Recht dem Begriffe der Gesetzesverletzung in seinen Folgen ausdrücklich gleichgestellt worden ist, kennzeichnet sich heut zu Tage als eine wissenschaftliche Denkform, welche nicht mehr der besonderen Anordnung ihrer Gültigkeit bedarf, welche vielmehr für jede Rechtsordnung Gültigkeit hat, die sich von dem Banne formalistischer Wortherrschaft losgelöst hat. Wie jedes Gesetz, hat auch das Verbotsgesetz nur einen Sinn. Dieser Sinn wird durch das agere in fraudem legis ebenso unmittelbar verletzt, wie durch das agere contra legem.[8])

Im Grunde genommen ist hiernach das agere in fraudem legis mit dem agere contra legem identisch und durch gleichliegende Voraussetzungen bedingt. Die Einwendungen, welche Leist gegen die Theorie des agere in fraudem legis erhebt (vergl. a. a. S. 88 ff.) treffen seine eigene Meinung mit demselben Gewichte; beide Mei-

[8]) Von diesem Standpunkt aus ist es zu verstehen, daß neuere Gesetzgebungen, wie z. B. das Allgem. Preuß. Landrecht und der Code civil, der Gesetzesumgehung nicht ausdrücklich gedenken; auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich kennt die Gesetzesumgehung nicht. Eine andere und nicht ohne Weiteres zu verneinende Frage ist es, ob es nicht gesetzgeberisch zweckmäßig ist, auf die Denkform der Gesetzesumgehung ausdrücklich hinzuweisen. So hat z. B. das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen eine bezügliche Auslegungsvorschrift (§. 80) aufgenommen.

Digitized by Google

nungen führen auf ein und denselben Ausgangspunkt zurück. Durch dieses Ergebniß vereinfacht sich die zu erledigende Aufgabe. Unumgängliche Voraussetzung ist das Vorhandensein eines Verbotsgesetzes. Nur wenn und insoweit diese Voraussetzung als gegeben zu erachten ist, bedarf es weiterer Erörterungen. Alsdann entsteht die Frage, ob und in welchem Umfange und mit welcher Wirkung[9]) der Thatbestand der Sicherungsübereignungen durch den Inhalt des Verbotsgesetzes betroffen wird. Die Gesetzesumgehung erscheint dabei lediglich als Sache der Gesetzesauslegung.[10])

III. Das Verbot der lex commissoria und das sogenannte Verbot der Mobiliarhypothek.

Unzweifelhaft ist das Verbot der lex commissoria ein Verbotsgesetz. Diesem Gesetze gegenüber bleibt nur übrig zu prüfen, ob die Voraussetzungen seiner Anwendung in dem Thatbestande der Sicherungsübereignungen sich wiederfinden.

Am wenigsten verwandt der lex commissoria ist die einfache fiduziarische Sicherungsübereignung, bei welcher der Gläubiger sich gegen Empfang des Schuldbetrages zur Rückübertragung der Sachen verpflichtet hat. In diesem Falle ist der Gläubiger bei Fälligkeit der Schuld nicht einmal berechtigt, die Sachen auf die Schuld zu behalten; er haftet vielmehr auf den Schaden, welcher durch seine Verfügungen über die Sache entstehen sollte, und kann das Verhältniß im günstigsten Falle erst durch den Selbsthülfeverkauf lösen. Bei den übrigen fiduziarischen und bei den bedingten Sicherungsübereignungen kann sich allerdings die Sachlage so gestalten, daß der Gläubiger für seine Forderung das Eigenthum an Sachen empfängt. Ist diese Thatsache aber entscheidend für das Vorhandensein der lex commissoria? Wenn wir bei den mannigfaltigen und kaum zu schlichtenden Streitfragen den Dernburg'schen

---

[9]) Die Wirkung hängt wiederum von der Auslegung des einzelnen Verbotsgesetzes ab. Vergl. Endemann a. a. O. insbes. S. 121.

[10]) Uebereinstimmend Kohler a. a. O. S. 144. Diesen Satz speziell verkennt Leist, wenn er der Theorie des agere in fraudem legis die Fähigkeit abspricht, der Rechtsprechung eine feste Grundlage zu bieten. Die Grundlage aus dem agere contra legem ist um nichts fester.

Digitized by Google

Ausführungen[11]) folgen dürfen, so ist unter der lex commissoria die pönale Klausel zu verstehen, nach welcher dem Gläubiger die Wahl eingeräumt ist, bei Säumigkeit des Schuldners die Pfänder als verfallen anzunehmen oder nicht. Auf diesem Wege, d. i. durch Ausübung der Wahl seitens des Gläubigers, vollzieht sich der Eigenthumsübergang bei den Sicherungsübereignungen gewöhnlich nicht. Gewiß nicht bei derjenigen Sicherungsübereignung, bei welcher Kauf mit vorbehaltenem Rückkauf unter den Parteien vereinbart ist. Hier ist der Gläubiger-Käufer den Regelbestimmungen des Kaufes unterworfen, er trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und der Verschlechterung der Sache und hat die Abzahlungen auf den Kaufpreis abzusetzen; ungünstige Handelskonjunkturen, Preisverschiebungen treffen ihn. Wenn auch bei Säumigkeit des Schuldners das Rückkaufsrecht erlischt, so steht die Entscheidung darüber niemals beim Gläubiger; Letzterer ist auch dann befriedigt, wenn die Sache inzwischen untergegangen oder verschlechtert ist.

Dieses Verhältniß verschiebt sich zu Gunsten des Gläubigers, sobald die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung der Sache vertragsmäßig auf den Schuldner abgewälzt wird, was häufig in der Art geschieht, daß der Schuldner-Verkäufer sich zum Rückkauf verpflichtet. Die Rückkaufsverpflichtung, so wie sie gewöhnlich aufgestellt zu werden pflegt, macht den Gläubiger thatsächlich zum Herrn der Situation und gewährt ihm namentlich auch die Möglichkeit, auf das sonstige Vermögen des Schuldners zurückzugreifen. Es muß zugegeben werden, daß dieses Geschäft seitens der Parteien durch wenige Zusätze so gestaltet werden kann, daß in seinem Thatbestande die wirkliche lex commissoria eingeschlossen liegt. Eben dasselbe gilt von den bedingten Sicherungsübereignungen.

Wenn hiernach auch das Verbot der lex commissoria im gegebenen Falle zur Anwendung gelangen mag, so ist doch seine Bedeutung für den Gegenstand unserer Untersuchung eine untergeordnete, da dasselbe niemals geeignet sein dürfte, die Wirksamkeit der Eigenthumsübertragung in dem Verhältnisse zu Dritten in Frage zu stellen: die Rechtsfolge wäre nur, daß der Gläubiger jetzt ver-

[11]) Vergl. Dernburg, Das Pfandrecht, Bd. II §§. 122, 123. Archiv für die civil. Praxis, Bd. 24 S. 1—38, S. 312—388, Bd. 25, S. 60—114, S. 226 bis 255 (Warnkönig).

Digitized by Google

pflichtet sein würde, die Sachen zu verkaufen und den Ueberschuß des Erlöses an den Schuldner herauszugeben.[12])

Gegenüber dem sogenannten Verbot der Mobiliarhypothek liegt die Frage, ob wir es mit einem Verbotsgesetze zu thun haben, verwickelt. Leist erachtet den Verbotscharakter ohne weitere Begründung als selbstverständlich gegeben, Bähr und Hellweg begründen den Verbotscharakter damit, daß die Gesetze, welche die Bestellung eines Pfandrechts an Mobilien nur in der Form der Hingabe zum Faustpfande gestatten, gegen das wirthschaftlich mißbilligte Verhältniß gerichtet seien, daß ein Gläubiger ein Vorzugsrecht an Sachen des Schuldners erwerbe, welche dieser in seinem Besitze behalte und deren Besitz ihm eine Kreditwürdigkeit verleihe, die ihm in der That nicht zukomme. Gerichtet sei aber das Verbot gegen die Verpfändung als diejenige Rechtsform, unter welcher jenes wirthschaftlich mißbilligte Verhältniß bisher regelmäßig auftrat. Um diese Annahmen und Ausführungen auf ihre Richtigkeit prüfen zu können, ist es unabweisbar, die besonderen Gesetzgebungsakte, auf welche das angebliche Verbot zurückführt, sich gegenwärtig zu halten. Unter dem Verbote ist in der Folge nicht nur die Unzulässigkeit der Mobiliarhypothek im engeren Sinne, sondern auch die Unzulässigkeit des constitutum possessorium beim Faustpfande zu verstehen.

Der Grundsatz, daß pfandrechtliche Sicherheit an beweglichen Sachen nur in der Form des Faustpfandes erworben werden könne, war bereits durch die Gesammtkodifikationen wie durch besondere Gesetze in den meisten Bundesstaaten zum geltenden Rechte erhoben worden, als die Reichskonkursordnung §. 40 und das Einführungsgesetz dazu (§. 14 ff.) jenen Satz für das Gebiet des Deutschen Reiches verkündete. Die im Vergleich zur Konkursordnung noch zurückgebliebenen Bundesstaaten, wie namentlich Mecklenburg-Schwerin und -Strelitz, Meiningen, Altenburg, Lippe-Detmold, Schaumburg, die beiden Reuß, Braunschweig und Hamburg, sind bis zum Inkrafttreten der Reichskonkursordnung sämmtlich genöthigt gewesen, den

[12]) Vergl. Leist a. a. O. S. 71. Dasselbe wird zu gelten haben im Gebiete des Allgem. preuß. Landrechts (vergl. Th. I Tit. 20 §. 33) und des Code civil (vergl. §. 2078), obwohl dort das Verbot eine schärfere Formulirung empfangen hat. Vergl. auch §. 1167 des I. Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Digitized by Google

Anforderungen der Reichsgesetzgebung für die Verhältnisse außerhalb des Konkurses zu entsprechen.

Der Grundsatz selbst gilt daher jetzt allgemein für das ganze Gebiet des Deutschen Reiches. Nicht überall genügt jedoch die einfache Hingabe der Sache zur Entstehung des Faustpfandes; manche Partikulargesetze hatten weitere Vorbedingungen, insbesondere Schriftlichkeit des Vertrages, aufgestellt, welche reichsgesetzlich nicht beseitigt worden sind.

In dieser gesammten pfandrechtlichen Reformgesetzgebung existirt unseres Wissens nur ein Gesetz, welches den Sicherungsübereignungen die Wirksamkeit im Verhältnisse zu Dritten ausdrücklich abspricht. Das ist das Mobiliarpfandgesetz des Herzogthums Braunschweig vom 8. März 1878 im §. 19:

„Die Veräußerung einer beweglichen Sache unter der Verabredung, daß der Veräußerer sie fortan für den Erwerber innehaben solle (constitutum possessorium), hat Dritten gegenüber keine Wirkung."

Wenn wir von dieser Ausnahme absehen, so kennzeichnet sich prima facie die Gesetzgebung durchgehends als eine Gesetzgebung gebietenden Inhalts, d. i. als eine Gesetzgebung, durch welche die Vorbedingungen der Entstehung eines Rechtes, nämlich der pfandrechtlichen Sicherheit an beweglichen Sachen, festgelegt werden. Das ist u. E. für Jeden unbestreitbar, welcher den Text der Gesetze genau durchliest. In gebietender Form normirt der §. 14 des Einführungsgesetzes zur Reichskonkursordnung und ihnen folgend die landesstaatlichen Ausführungsgesetze dazu. Gebietend sind die Normen des Allgemeinen preuß. Landrechts I. 20 §§. 6, 7, 104, 105, 271 ff., des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs §§. 466 ff., §. 486 und des Code civil Art. 2073 ff., gebietend die Bestimmungen in denjenigen Ländern, in welchen, wie in den Hohenzollernschen Landen (Gesetz vom 24. April 1854), im ehemaligen Königreich Hannover (Gesetz vom 14. Dezember 1864), in Württemberg (Gesetz vom 1. Mai 1825 Art. 245 und 246), in Weimar (Gesetz vom 6. Mai 1839 §§. 1—5 und §. 57), das Pfandrecht durch Sondergesetze geordnet worden ist. Nicht anders ist die in manchen Gesetzen sich findende Wendung zu verstehen, daß „die Hypothek an beweglichen Sachen fortan unzulässig sei", da hiermit nur zum Ausdruck gebracht ist, daß von jetzt an die Entstehung

Digitized by Google

des Pfandrechts an die strengeren Formen des Faustpfandes geknüpft sein soll.

Zweck und Inhalt der Gesetzgebung ist, insoweit er hier in Betracht kommt, Beseitigung des früheren Mobiliarkreditsystems, insbesondere die Beseitigung der bis dahin zulässigen Mobiliarhypothek. Beseitigt wird aber die Mobiliarhypothek nicht durch ausdrückliches Verbot, sondern durch Festlegung derartiger Voraussetzungen der pfandrechtlichen Sicherheit, bei welchen die Mobiliarhypothek nicht mehr bestehen kann, bei welchen dieselbe nicht mehr geeignet ist, dingliche Sicherung zu erzeugen. Welche sonstigen Wirkungen die vertragsmäßige Mobiliarhypothek fortdauernd hat, namentlich im Hinblick auf die Parteien, wird nicht ohne Weiteres gleichmäßig beantwortet werden können. Dingliche Sicherung erzeugt dieselbe unter keinen Umständen und nirgends mehr. Die Mangelhaftigkeit des Thatbestandes und nicht ein gesetzliches Verbot ist der Grund der dinglichen Wirkungslosigkeit der Hypothek.

Nun entsteht jedoch der Zweifel.

Man könnte nämlich so deduziren: Jene Gesetzgebung gestatte die Erreichung des Sicherungszweckes allgemein nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich unter den Voraussetzungen, unter denen ein Faustpfand entsteht, mithin sei die Anwendung jeder anderen, diesen Voraussetzungen nicht genügenden Rechtsform ausgeschlossen.[13])

Dann läge ein gesetzliches Verbot vor. Verboten wäre jede Art der Bestellung einer dinglichen Sicherung, wenn dieselbe nicht in den Formen des Faustpfandes erfolgte. Sollte mithin die Eigenthumsübertragung zum Zwecke der Sicherung einer Forderung dingliche Wirkung äußern, so müßten die Vorbedingungen des Faustpfandes gewahrt sein. Nicht nur müßte der körperliche Gewahrsam übertragen werden; nothwendig wäre daneben in diesem Ausnahmefalle die Erfüllung aller sonstigen Formalitäten, welche die Partikulargesetze der Entstehung eines Faustpfandes setzen, wie namentlich Schriftlichkeit des Vertrages. Die Voraussetzungen des Faustpfandes und der Sicherungsübereignung würden identisch sein. Was von der Eigenthumsübertragung zu gelten hätte, hätte gleichfalls von

[13]) Vergl. Kohler a. a. O. S. 144.

Digitized by Google

der zum Sicherungszwecke vorgenommenen Cession einer Forderung zu gelten, ja selbst von Wechselindossamenten.

Dieser Deduktion kann nicht, wie es wohl geschehen ist, die abstrakte Natur des Traditions- und Cessionsaktes entgegengesetzt werden, da es nicht für zulässig gehalten werden kann, die Wirkung von Verbotsgesetzen auf sog. materielle Rechtsgeschäfte einzuschränken. Auch könnte man unbedenklich die Folge mit in den Kauf nehmen, daß nunmehr die Eigenthumsübertragung und die Cession bald dem eigenen, bald dem Rechte des Faustpfandes unterworfen sein würde. Nichtsdestoweniger erscheint die Deduktion hinfällig. Alles hängt davon ab, ob es wahr ist, daß jene Gesetzgebung den allgemeinen Satz enthält, daß die Erreichung des Sicherungszweckes nur unter den Voraussetzungen des Faustpfandes erfolgen darf. Dieser Satz stellt sich jedoch als eine in den Gesetzen selbst nicht begründete Behauptung dar, als eine petitio principii, welche aus den Grenzen der auslegenden Thätigkeit heraustritt.[14])

Wenn das Gesetz sagt, zur Entstehung eines Pfandrechtes an beweglichen Sachen oder an Forderungen gehören die und die Voraussetzungen, so sagt es nicht, daß dieselben Voraussetzungen erfüllt sein müssen, wenn ein anderes Rechtsinstitut zur Erreichung des Sicherungszweckes angewandt wird. Aus den Worten des Gesetzes läßt sich nichts ableiten. Die Auslegung wäre damit vor die Aufgabe gestellt, unausgesprochene Gedanken des Gesetzgebers selbstschöpferisch zu finden, um festzustellen, was der Gesetzgeber gedacht und ausgesprochen haben würde, wenn er auf den Punkt aufmerksam gemacht worden wäre. In dieser Beziehung sind aber weder aus dem Gesammtinhalte noch aus der Entstehungsgeschichte der einzelnen Gesetze genügende Anhaltspunkte für eine sichere Entscheidung beigebracht worden.

Was die Entstehungsgeschichte anbetrifft, so lassen sich die einzelnen gesetzgeberischen Akte als Ausdruck einer einheitlichen Reformbewegung auffassen, welche gleichmäßig aus den gerade mit dem römischem Pfandrechte verbundenen Mißständen hervorgegangen

[14]) Eine Ausnahme enthalten für den Eigenthumsvorbehalt zum Zwecke der Sicherung einer Forderung namentlich Oldenburg, Anhalt, Württemberg, Weimar und Braunschweig, Braunschweig auch für die Sicherungsübereignungen. Vergl. oben S. 223.

Digitized by Google

war. Aus dieser Veranlassung kann nicht geschlossen werden, daß man irgendwie daran gedacht hat, eine über das Pfandrecht hinausgehende Regelung zu treffen, zumal da, wie auch vom Reichsgericht in einer mecklenburger Sache hervorgehoben ist, in manchen Fällen bei Erlaß der Gesetze die thatsächliche Uebung der Sicherheitsübereignungen bekannt war. Ob sich in den Materialien einzelner Gesetze entgegengesetzte Anschauungen aufdecken lassen, ist bislang von keiner Seite klargestellt. Lehrreich sind in dieser Beziehung die Verhandlungen, welche bei Berathung des hannoverschen Gesetzes vom 14. Dezember 1864 über das Pfandrecht und die Befriedigung der Gläubiger im Konkurse in der ersten Kammer stattgefunden haben. Der Entwurf hatte die Mobiliarhypothek beseitigt, schloß aber die Anwendung des constitutum possessorium beim Faustpfande nicht ausdrücklich aus. Um auch diese Wirkung außer Zweifel zu stellen, hatte man in der zweiten Kammer zu §. 46 Nr. 2 des Entwurfs einen Zusatz beantragt, durch welchen die Rechtswirksamkeit des Faustpfandes von „dem natürlichen Besitze" abhängig gemacht werden sollte. Dazu bemerkt der Berichterstatter von Lenthe (15. Allgemeine Ständeversammlung 1. ordentliche Diät S. 540):

„Nach dem bisherigen Rechte sei es dem Gläubiger möglich gewesen, dem Schuldner . . . bitt- oder leihweise zu belassen . . ., jetzt nicht mehr. Man habe gemeint, diese Bestimmung dürfe nicht aufgegeben werden, weil man sonst dem Betruge Thor und Thür öffnen werde. . . .

Indessen beweise das Argument zu viel; denn Täuschungen könne man nicht vermeiden, und es würden andere Geschäfte erfunden werden, um den unredlichen Willen durchzusetzen. Man werde Scheinverkäufe abschließen, die man doch nicht hindern könne."

Angenommen nun, es wäre der Kammer die Frage vorgelegt worden, ob die Sicherungsübereignungen vom Gesetze betroffen würden, wer findet gegenüber dem obigen Berichte den Muth, zu behaupten, daß die Frage bejaht worden wäre?

Bähr und Hellweg versuchen, den Verbotscharakter der Pfandrechtsgesetzgebung mit dem Hinweise zu rechtfertigen, daß die Gesetze gegen das wirthschaftlich mißbilligte Verhältniß gerichtet seien, daß ein Gläubiger an Sachen seines Schuldners ein Vorzugsrecht erwerbe, die Letzterer im Gewahrsam behalte. Das ist

Digitized by Google

in etwas anderer Wendung gleichfalls Interpretation ex ratione legis, es ist damit nichts anderes behauptet, als daß ein gesetzgeberisches Motiv — die Mißbilligung eines Verhältnisses — die Ausdehnung des Gesetzes über seinen Wortlaut hinaus bedinge, nämlich dahin, daß das Gesetz die Erreichung des Sicherungszweckes in jeder anderen Form als in derjenigen des Faustpfandes habe ausschließen wollen. Auf diese Ausführung ist, von obigen Gründen abgesehen, noch Folgendes zu erwidern:

Die Mißbilligung eines „wirthschaftlichen Verhältnisses", wie Bähr sich ausdrückt, äußert sich rechtlich in der Einschränkung der Privatwillkür. Die Parteien sind frei, in so weit die Rechtsordnung nicht hemmend entgegensteht. Zur Einschränkung der Privatwillkür bieten sich aber dem Gesetzgeber diejenigen beiden Wege, welche schon oben S. 216 f. unterschieden sind. Es kann die Anordnung getroffen werden, daß eine bestimmte rechtsgeschäftliche Wirkung nur bei dem Vorhandensein gewisser Voraussetzungen eintreten soll. Dann liegt ein Gebotsgesetz vor. In diesem Falle tritt dasjenige, was der Gesetzgeber mißbilligt, normgesetzlich nicht hervor, sondern bleibt gesetzgeberisches Motiv. Der Gesetzgeber richtet an die Parteien das Gebot: wenn ihr das und das erreichen wollt, so müßt ihr die und die Form wahren, sonst könnt ihr das Gewollte nicht erreichen. Wer sich diesem Gebote nicht fügt, bleibt eben von dem Erwerbe der beabsichtigten Rechtsstellung ausgeschlossen. Wenn beispielsweise der Eigenthumserwerb bei Grundstücken durch die Auflassung bedingt ist, so ist die Parteiwillkür eingeschränkt. Warum? Von anderen Gründen abgesehen, läßt sich sagen, daß der Gesetzgeber es mißbilligt, daß sich der Eigenthumsübergang bei Grundstücken ohne öffentliche Kontrolle nur durch Tradition oder gar nur durch Vertrag vollziehe. Vollkommen verfehlt wäre es aber doch nunmehr, die Nothwendigkeit der Auflassung zu einem Verbotsgesetze zu stempeln und etwa zu behaupten, daß der Eigenthumserwerb durch Tradition oder durch Vertrag allein verboten sei.

Damit ein civilrechtliches Verbot vorhanden ist, ist nothwendig, daß „die Mißbilligung eines Verhältnisses" normgesetzlich ausgesprochen wird. Auch kann das Verbot grundsätzlich nur gerichtet sein gegen Rechtsgeschäfte, welche an und für sich mit allen Erfor-

Digitized by Google

dernissen ihrer Gültigkeit ausgestattet sind, welche vollkommen unanfechtbar sein würden, wenn nicht das Verbot entgegenstände.

So zutreffend es hiernach sein mag, daß die Sicherungsübereignung mittelst constitutum possessorium und ohne die sonstigen Formalitäten des Faustpfandes gesetzgeberisch mißbilligt wird, so fehlt es doch an dem Nachweise, daß diese Mißbilligung ausdrücklich oder auch nur stillschweigend normgesetzlich ausgesprochen ist. Erwiesen ist nur, daß das in jener Mißbilligung liegende gesetzgeberische Motiv zur Aufstellung strengerer Pfandrechtsformen, also zur Aufstellung eines strengeren Gebotsgesetzes, geführt hat.

Im Endergebnisse gelangen wir also dazu, einen Verbotscharakter der pfandrechtlichen Reformgesetzgebung, insoweit dieselbe gegen die Mobiliarhypothek und das constitutum possessorium gerichtet ist, nicht anzunehmen. Damit fällt aber nicht nur die Theorie, welche in den Sicherungsübereignungen ein Handeln in fraudem legis erblickt (Kohler, Bähr, Hellweg), sondern auch die Leist'sche Theorie, nach welcher ein Handeln contra legem gegeben sein soll. Das folgt ohne weiteren Kommentar aus den Darlegungen unter II dieser Untersuchung.

Im letzten Grunde besteht kein Unterschied zwischen der Leist'schen Theorie und der Theorie von dem agere in fraudem legis.

Bezeichnend sind die Auslassungen Leist's gegenüber dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in welchem gleichfalls die dauernde Innehabung der Sache zur Existenzbedingung des Pfandrechts erhoben ist. Leist, a. a. O. S. 104 ff., billigt diesen Standpunkt, bedauert aber, daß die Motive dennoch die Sicherungsübereignungen für wirksam erklären, und fährt dann fort:

„Gegen die Erstreckung des Verbots der Mobiliarhypothek auf die Eigenthumsübertragung zur Sicherung einer Forderung kann man nach dem Entwurf daraus ein Bedenken entnehmen, daß dasselbe hier nicht in der Form eines Verbots auftritt."

Dieser Bemerkung gegenüber erscheint denn doch die Frage gerechtfertigt:

Welches Partikulargesetz von den großen Gesammtkodifikationen an gerechnet bis zu den pfandrechtlichen Einzelgesetzen oder welches

Digitized by Google

Reichsgesetz hat denn die Mobiliarhypothek „in der Form des Verbots“ untersagt? Vergebens suchen wir bei Leist eine Antwort auf diese Frage.

Uns ist es nicht gelungen, von den Ausnahmen abgesehen, irgend ein Gesetz aufzufinden,[15]) bei welchem das sogenannte Verbot der Mobiliarhypothek „in der Form eines Verbotes“ auftritt. Die Form der bisherigen Gesetzgebung stimmt vielmehr bei richtiger Auslegung mit derjenigen Form überein, welche der Entwurf anwendet. Diese Form ist aber die Form des Gebots, aus welchem sich die Wirkungslosigkeit der Mobiliarhypothek nur als Folge ergiebt.

Nach diesen Untersuchungen ist fest zu stellen, daß die Sicherungsübereignungen vom Standpunkt der pfandrechtlichen Reformgesetzgebung aus, insoweit dieselbe den Wegfall der Mobiliarhypothek und das constitutum possessorium beim Faustpfande betrifft, nicht angegriffen werden können.

IV. Schlußbetrachtung mit einem kurzen Ueberblick über das englische Recht.

Bei der gegenwärtigen Lage der Gesetzgebung sind die Sicherungsübereignungen überall dort in Deutschland, wo nicht ausdrückliche Vorschriften entgegenstehen, für rechtswirksam zu erachten. Dasselbe gilt von den Sicherungscessionen und von Wechselindossamenten, welche zur Sicherung einer Forderung gegeben werden. Vereinzelt ist die Meinung vertreten gewesen, daß in den Sicherungsübereignungen eine verschleierte Verpfändung liege: Die Eigenthumsübertragung sei simulirt und nichtig. Wir haben es unterlassen, diese Meinung eingehend zu würdigen, weil ihr eine rechtsgrundsätzliche Bedeutung nicht beizumessen ist. Die Frage, ob im einzelnen Falle Simulation gegeben ist, ist Thatfrage. Im Zweifel werden jedoch die Sicherungsübereignungen durch die Behauptung der Simulation nicht aus der Welt geschafft werden können: der Geschäftszweck ergiebt im Gegentheil, daß die Eigenthumsübertragung gewöhnlich ernst gemeint sein wird.

---

[15]) Die Ausnahmen sind S. 223 und 225 angeführt.

Digitized by Google

Dieses Ergebniß ist im hohen Grade unerquicklich. Durch die Sicherungsübereignungen ist die Möglichkeit geschaffen, eine der pfandrechtlichen Sicherheit gleichkommende Sicherheit ohne die Publizität des Pfandrechts zu gewähren. Darin liegt eine bedenkliche Gefährdung des Mobiliarkreditverkehrs. Der Kreditwürdigkeit des Schuldners fehlt die wünschenswerthe Garantie. Die Zulässigkeit der geheimen Abmachung fördert die fraudulösen Veräußerungen, welche durch das Anfechtungsgesetz bei weitem nicht immer getroffen werden.

An dieser Stelle wird es von Interesse sein, einen vergleichenden Blick auf das englische Recht zu werfen, welchem es neuerdings in glücklicher Weise gelungen zu sein scheint, das Problem seiner Lösung näher zu bringen.

Bis zum Jahre 1878 herrschten in England auf dem Gebiete des Mobiliarkreditwesens ähnliche Zustände wie jetzt in Deutschland. Ein Pfandrecht ohne Uebertragung der Innehabung, wenn ein solches Recht noch Pfandrecht genannt werden kann, mit anderen Worten die Mobiliarhypothek begründete keine dingliche Sicherung, weder wenn die Sachen generell noch wenn dieselben speziell verpfändet waren. Wohl aber wirkte dieses Recht unter den Parteien, wenigstens solange die Innehabung beim Schuldner blieb. Im Falle des Konkurses des Schuldners oder im Falle der gegen ihn eingeleiteten Mobiliarzwangsvollstreckung hatte der Gläubiger das Nachsehen. Zur Begründung einer dinglichen Sicherung gehörte apparent possession. Dieser Rechtslage gegenüber war genau wie in Deutschland die Suche nach solchen Geschäften entstanden, welche den apparent possession zu ersetzen geeignet waren. Auch in England gelangte namentlich die Eigenthumsübertragung in Verbindung mit Kauf und Rückkauf zur Anwendung. Auch dort bestanden diese Geschäfte vor dem höchsten Gerichtshofe die Probe ihrer Gültigkeit. Selbst die Streitfrage wegen der Natur des Eigenthumsvorbehaltes ist in England Gegenstand wiederholter Untersuchungen gewesen. Unter Führung des Court of Appeal hat es auch die englische Rechtsprechung abgelehnt, die Hiring agreements — Möbelleihverträge — mit den Sicherungsübereignungen zu identifiziren.

Ausgesprochenermaßen ist die mit dem Jahre 1878 beginnende Gesetzgebung gegen die Gefahren gerichtet, welche mit den geheimen

Digitized by Google

Uebertragungen verknüpft sind. Die Materie ist durch drei Gesetze geordnet worden, The bills of Sale Act 1878, The bills of sale act 1878 Amendment Act 1882, The bills of Sale Act 1890. Der Inhalt dieser Gesetze läßt sich in dem Satze zusammenfassen, daß für sämmtliche zum Zwecke der Sicherung einer Forderung geschlossene Verträge, welchen Namen sie auch tragen mögen, der Registerzwang eingeführt wird, falls nicht die Sachen dem Gläubiger zum apparent possession übertragen sind. Die bill of sale zum Zwecke der Sicherung einer Forderung, sogenannte bill of sale conditional im Gegensatze zu dem gewöhnlichen Kaufvertrage (bill of sale absolute) ist ein Sicherungsgeschäft, bei welchem die Uebertragung der Innehabung der Sachen durch die Oeffentlichkeit des Aktes ersetzt wird. Das Geschäft ist in Gegenwart glaubwürdiger Zeugen vor einem sollicitor of the supreme Court protokollarisch zu vollziehen. Vorbedingung seiner dinglichen Wirkung ist es, daß über die zur Sicherung bestimmten Sachen ein genaues Verzeichniß aufgenommen wird und daß die Sachen im Eigenthumsrechte des Schuldners stehen. Bei Meidung der Nichtigkeit muß aber der Akt binnen 7 Tagen nach dem Abschlusse in das bei den Gerichten zu führende Register eingetragen sein. Ueber die Priorität entscheidet nicht das Datum des Protokolles, sondern das Datum der Einregistrirung. Immer nach Ablauf von 5 Jahren ist der Akt, falls er fortdauernd wirken soll, zu wiederholen. Zur Einsicht des Registers ist Jedermann ohne Angabe von Gründen befugt, auch können ganz beliebig Abschriften gegen Erstattung einer Gebühr von 1 sh. verlangt werden. Das Gesetz regelt genau die causes of seizure, d. i. die Gründe, durch welche der Gläubiger ermächtigt wird, die Sachen an sich zu nehmen. Solche Gründe sind insbesondere Fälligkeit der Schuld oder Nichterfüllung eines sonstigen Vertragspunktes, Konkurs, Zwangsvollstreckung ins bewegliche Vermögen des Schuldners, Verschleppung, zwangsweise Beitreibung der rent, rates or taxes oder auch nur die Weigerung des Schuldners, die auf derartige Lasten bezüglichen Quittungen vorzuzeigen. Der Schuldner kann die Ergreifung der Sachen durch den Gläubiger nicht hindern, hat aber das Recht, binnen einer Frist von 5 Tagen bei dem Richter die Zurückgewährung der Sachen zu beantragen, falls er etwa das Vorhandensein der causes of seizure

Digitized by Google

bestreitet oder in der Lage ist, die Befriedigung des Gläubigers oder den Wegfall der Gründe darzuthun. Die bills of sale sind nur gültig bei einem Objekte über 30 Pfund Sterling.[16])

Das englische Rechtsinstitut stellt den Sicherungsakt mit allen seinen einzelnen Stipulationen in das Licht der Oeffentlichkeit und genügt nach jeder Richtung hin den Anforderungen, welche unter der Bezeichnung „Publizität und Spezialität des Pfandrechts" bekannt sind. Durch die englische Regelung erhalten die Gläubiger jede nur wünschenswerthe Sicherung, wenn ihnen auch noch nicht, wie beim Grundbuchsystem, das Eigenthumsrecht des Schuldners gewährleistet ist. In dem letzteren Punkte bleiben sie wie früher auf die Redlichkeit des Schuldners angewiesen und auf den Schutz des Strafgesetzes, wie es übrigens beim Faustpfande durchaus nicht anders bestellt ist. Fraudulöse Veräußerungen sind gegenüber der vorgeschriebenen Protokollirung der Kenntniß der übrigen Gläubiger nicht mehr zu entziehen. Andererseits findet das Interesse des Schuldners, unter gegebenen Verhältnissen auf sein ihm zur Nutzung verbleibendes Mobiliar Geld zu leihen, die durch die Sachlage gebotene Würdigung, ein Umstand, welcher unzweifelhaft geeignet ist, die Kreditfähigkeit des Schuldners zu heben. Die Beschränkung der bills of sale auf Objekte unter 30 Pfund Sterling scheidet von vornherein die kleinen Verhältnisse aus und trägt in durchgreifender Weise dazu bei, den Schuldner vor der Verpfändung der ihm zum Leben nothwendigen Gegenstände zu schützen.

Dem Wesen der Sache nach bedeutet die englische bill of sale eine verbesserte Auflage der gemeinrechtlichen Mobiliarhypothek, deren Fehler erfolgreich vermieden sind. Gerade das aber ist das Ziel, auf welches das Verkehrsbedürfniß auch in Deutschland gebieterisch hinweist. Wie wir bereits in den einleitenden Bemerkungen hervorgehoben haben, ist es eine durch Erfahrung feststehende Thatsache, daß unter Umständen dem Schuldner die Möglichkeit geboten sein muß, auch dasjenige zur Kreditunterlage geeignete bewegliche Vermögen zum Pfande zu setzen, auf dessen Innehabung er nicht wohl verzichten kann. Mit dieser Thatsache muß gerechnet werden, es sei

[16]) Vergl. The bills of Sale Acts 1878, 1882 and 1890, by Herberd Reed. Eigt Edition 1891.

Digitized by Google

denn, daß man den Muth fände, vor den sichtbaren Erscheinungen des Rechtslebens die Augen zu verschließen. In dieser Thatsache liegt auch nichts, was mit der bisherigen Richtung der Gesetzgebung in Widerspruch stände.

Den früheren gemeinrechtlichen Hypothekenverhältnissen gegenüber erscheint es nicht auffallend, daß man die Faustpfandform ausschließlich bevorzugte, welche sich als das einfachste und radikalste Mittel zur Abhülfe der theoretischen Vorstellung geradezu aufdrängte. Ob die Ausschließlichkeit der Faustpfandform den beiderseitigen Interessen des Gläubigers und Schuldners in der Praxis entsprach, über diese Frage konnte nur die Erfahrung richten. Wenn jetzt ein unbedingt ablehnendes Urtheil gefällt werden muß, so bekundet sich darin nichts weiter als der triviale Satz, daß auf dem Gebiete geistiger Strömungen den Extremen nicht zu folgen ist, daß die Wahrheit gewöhnlich in der Mitte liegt. Von dem Extreme der ausschließlichen Zulässigkeit des Faustpfandes sollte man nun nicht zögern in demjenigen Augenblicke zurückzukehren, in welchem ein ausreichender Ersatz neben der Faustpfandform gefunden ist. Indem das englische Recht zu diesem Zwecke den Registerzwang eingeführt hat, hat es einen Weg gewiesen, dessen Gangbarkeit dort bereits durch eine länger als zehnjährige Praxis erprobt ist.

Wir erblicken in den englischen Gesetzen, von Einzelheiten abgesehen, den glücklichsten Ausgleich der Gläubiger- und Schuldnerinteressen, welcher uns bislang bekannt geworden ist, und sind der Meinung, daß in diesen Gesetzen eine gesunde Grundlage für die Ordnung des Mobiliarkreditverkehrs enthalten ist. Selbverständlich wird nicht ohne Weiteres eine blinde Nachahmung für deutsches Recht zu empfehlen sein. Was aber ohne jeden Zweifel von den Engländern gelernt werden muß, das ist die Lehre, daß doch die Möglichkeit besteht, die Mobiliarhypothek in verbesserter Form wieder einzuführen. Nur wenn das geschehen ist, wenn es wiederum dem Schuldner gestattet ist, innerhalb gewisser Grenzen Stücke seines beweglichen Vermögens zu verpfänden, ohne zur Aufgabe der Innehabung gezwungen zu sein, werden auch die Sicherungsübereignungen wieder beseitigt werden können. Diese Geschäfte, deren verderbliche Wirkung auf das gesammte Kreditwesen außer Frage steht, sind durch die Gesetzgebung selbst groß gezogen worden; ihre weite Verbreitung

Digitized by Google

enthält die ernste Mahnung, daß es an der Zeit ist, mit dem gegenwärtigen System zu brechen und dem Mobiliarrealkredite neue Grundlagen zu geben.

Bemerkungen zum vorigen Aufsatz.

Diesen sehr tüchtigen Ausführungen erlaube ich mir einige Bemerkungen anzuschließen, da ich zu denen zähle, die früher solche Geschäfte als Umgehungsgeschäfte aus der Reihe der Lebenden zu tilgen versuchten.[1]) Die Hauptfrage ist natürlich die, ob das Gesetz über die Aufhebung der Mobiliarhypothek als Verbotsgesetz gegen eine bestimmte wirthschaftliche Lebensgestaltung gerichtet ist, oder ob es nur als Permissivgesetz das Pfandrecht an Fahrnissen regelt und die Art seines Entstehens bestimmt. Die Frage aber wird darnach zu lösen sein, ob die durch anderweitige ähnliche Gestaltungen der Sache herbeigeführten Mißstände so erheblich sind, daß sie als vom Gesetze miterfaßt zu gelten haben; denn in diesem Fall müßte man sagen: Diese Mißstände liegen im Kreise des Gesetzes; das Gesetz wollte nicht nur das Mobiliarpfand beschränken, sondern alle Mißstände treffen, die durch eine Sicherungsmaßregel entstehen, der es an der Publizität des Faustpfandes gebricht.

Ich bin nun insofern noch auf meinem alten Standpunkte, als ich annehme, daß die Regelung der Mobiliarsicherheit unter Verbleib der Fahrnisse im Besitze des Schuldners und ohne jede äußere Kundgebung des Verhältnisses große Bedenken hat und daß die Idee, dies zu vermeiden, mit der Gedanke eines solchen Gesetzes sein kann. Andrerseits hat ein Zustand, wornach die Fahrnißsicherung nur durch Faustpfand erfolgen kann, gleichfalls sehr erhebliche, vielleicht gar überwiegende Mißstände zur Folge, so daß zu fragen ist, ob nicht diese anderweitigen Mißstände ein Grund sind, eher einige der vorgenannten Mißlichkeiten in Kauf zu nehmen und, wenn auch kein Mobiliarpfand ohne Besitzübergabe, so doch eine anderweitige Mobiliarsicherheit ohne Besitzübergabe zuzulassen. Mindestens wäre zu erwarten, daß andrenfalls das Gesetz einen Weg gäbe, um sich durch diese letzteren Mißstände hindurchzuhelfen.

[1]) Vergl. jetzt auch noch Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere (1892) namentlich S. 152 f.

Digitized by Google

Da dies nicht der Fall ist, so steht Mißstand gegen Mißstand, und bei diesem Sachverhalt möchte ich die Frage, ob die Gesetze über das Mobiliarpfand Verbotsgesetze sind, und ob sie darum anderweitige, zu ähnlichen wirthschaftlichen Zuständen führende Geschäfte ausschließen, nicht mehr wie früher bejahen, sondern mit dem Verfasser verneinen.

Dagegen halte ich das Beispiel der englischen Gesetzgebung mit ihren bills of sale[2]) für sehr bedeutungsvoll und einer genauen Beachtung werth. Das gleiche Institut findet sich im Züricher Recht. Nach dem alten Gesetzbuch a. 874 konnte ein Pfandrecht an beweglichen Sachen ohne Uebertragung des Besitzes durch Eintragung in das öffentliche Pfandbuch des Gemeindammanns bestellt werden. Das Schweizer Obligationsrecht in a. 210 hat dies allerdings fürder ausgeschlossen, jedoch für die Verpfändung von Vieh eine Ausnahme gemacht. Dementsprechend ist der a. 874 in der neuen Fassung des Züricher Gesetzbuchs a. 403 dahin beschränkt worden, daß auf solche Weise ein Pfandrecht an Viehstücken begründet werden kann.

Würde dieses Institut angenommen, dann wäre es angemessen, ein Verbotsgesetz gegen alle Geschäfte zu erlassen, die eine Mobiliarsicherheit ohne solche Vorsicht erzielten.

Es wäre interessant, die Züricher Juristen über die praktische Entwicklung dieses Institutes und seinen Einfluß auf die Lebensverhältnisse zu hören. Kohler.

---

[2]) Vergl. bereits meine Abhandlung in den Jahrbüchern f. Dogmatik XXVI S. 61 f., 173.

Digitized by Google

8.

Die Natur der Sach- und Haftklage, insbesondere der Kondiktion.

Eine Kritik der in den Entwurf aufgenommenen Pandektentheorie aus alter Zeit.

Von Oberlandesgerichtsrath **Kindel** in Breslau.*)

Motto: Ὥστε πρόσχες, ὅτι ὁ ἐξ ἰνιούστα καῦσα καὶ ὦ σίνε καῦσα κονδικτίκιος καὶ ἀπὸ δεσπότου κινοῦνται κατὰ τοῦ μὴ δεσπότου.
Itaque observa, condictionem ex injusta causa et sine causa intendi a domino adversus non dominum.

Stephanus.

In den Werken „Das Recht an der Sache", „Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund" hat der Verfasser eine anscheinend neue Auffassung über die Begriffe von actio in rem, actio in personam und condictio aufgestellt. Wenigstens scheinen die Beurtheiler dieser Werke sie für eine solche zu halten. Auch ist es begreiflich, daß Schriften, welche den ausgesprochenen Zweck verfolgen, die Unhaltbarkeit oder wenigstens die Zweifelhaftigkeit der in Deutschland

*) Im Einverständniß mit meinem Redaktionskollegen bin ich gern bereit, den scharfsinnigen Verfasser hiermit zu Wort kommen zu lassen, obgleich ich seine Quellenauslegungen nicht theile. Die Auffassung vom Recht an der Sache ist jedenfalls für unser modernes Recht sehr beachtenswerth, und die fruchtbaren Gedanken des modernen Rechts auszudenken, ist ein großes Verdienst, mögen sie nun in den römischen Quellen ihre Stütze finden oder nicht.

Kohler.

Digitized by Google

herrschenden Pandektentheorie nachzuweisen, auf den heftigsten Widerstand stoßen müssen. Trotzdem hatte der Verfasser eine derartige Beurtheilung nicht erwartet, wie sie seinen Schriften von Seiten einiger Vertreter der Pandektentheorie zu Theil geworden ist. Sie führen aus, daß, wenngleich die Theorie des Verfassers ganz oder theilweise vom legislativen Standpunkte zu beachten sei, sie doch verworfen werden müsse, weil sie die Quellen des römischen Rechts vergewaltige. Wir haben schon an anderer Stelle darauf hingewiesen, daß, was die Hauptlehren betrifft, die umgekehrte Beurtheilung zutreffend ist. Denn in unseren Schriften ist z. B. die l. 31 pr. D. de A. R. D. 41 1 nach ihrem Wortlaute übersetzt und angewendet, während die herrschende Theorie eine Ansicht aufgestellt hat, nach welcher das Gesetz umgekehrt wie sein wörtlicher Inhalt, nämlich dahin lauten müßte: „Die Tradition überträgt immer das Eigenthum, auch wenn ihr ein Rechtsgrund nicht vorausgegangen ist.“ [1]) Aber hiervon abgesehen ist es unzweifelhaft und auch von Schriftstellern, welche eingehendere Studien über die betreffenden Materien gemacht haben, anerkannt, daß es in den römischen Rechtsquellen keinen Ausspruch giebt, welcher zweifellos die Unabhängigkeit des Eigenthumsübergangs von dem Rechtsgrunde und folgeweise die Nothwendigkeit des Eigenthumsübergangs bei der Rückforderungskondiktion feststellt. Das Auffallendste ist es aber, daß das System, welches der Verfasser in seinen Schriften aufgestellt hat, in allen Hauptpunkten derjenigen Auffassung entspricht, welche die Griechen über das römische Recht gehabt haben. Da die Annahme nicht bedenklich ist, daß gerade sie das römische Recht als ein noch in der Praxis geltendes vor Augen gehabt haben, und ihre Schriften dem praktischen Gebrauche dienen sollten, wird man ihre Meinung schwerlich übersehen dürfen. Wenigstens ist die Wahrscheinlichkeit eine größere, daß sie das römische Recht richtig verstanden haben, als die, daß eine fast vereinzelt dastehende, in neuerer Zeit aber wieder aufgenommene Auffassung des Akkursius den Geist des römischen Rechts erfaßt haben sollte. Die Griechen aber er-

[1]) Hiermit vergleiche man den Wortlaut der l. 31 D. de A. R. D.: Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Digitized by Google

klären einstimmig und mit Bestimmtheit, daß es die Natur der Rückforderungskondiktion ist, daß sie dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer gegeben werde, und daß der Eigenthumsübergang von dem Rechtsgrunde abhänge. Indem daher unsere Beurtheiler, welche im Wesentlichen nur die durch Savigny hervorgerufene Literatur im Auge haben, ausführen, daß die auch vom Verfasser vertretene Auffassung der Griechen das römische Recht sinnlos vergewaltige, haben sie ihrer eigenen Sache den denkbar schlechtesten Dienst geleistet. Denn sobald feststeht, daß sich unsere Auffassung in der Hauptsache mit der der Griechen deckt, richtet sich die gedachte Beurtheilung unserer Werke selbst durch ihre Maßlosigkeit. Da ferner die richtige oder falsche Beantwortung der in Rede stehenden Fragen für die ganze Zukunft des deutschen Rechts von der einschneidendsten Bedeutung ist, hat der Verfasser geglaubt, seine Forschungen über die Auffassung des römischen Rechts bei den Griechen schon jetzt der Oeffentlichkeit preisgeben zu müssen,[2]) wenngleich er der Meinung ist, daß wissenschaftliche Untersuchungen nie abgeschlossen werden können.

§. 1. Die Natur der Sachklage (actio in rem).

Es erscheint kaum zweifelhaft, daß die Griechen die Sachklage (actio in rem) als eine Klage aufgefaßt haben, die auf Herausgabe der Sache selbst gerichtet war. Die Basiliken stellen folgende Definition auf (B. LII. 1. 24. l. 25 D. de O. et A. 44. 7):

> *ἐν πράγματι ἀγωγή ἐστιν ἡ ἀπαίτησιν ἔχουσα πράγματος ἰδίου . . .*
>
> In rem est, quae suae rei petitionem continet.

Die Griechen scheiden auch sonst genau die Klagen, welche auf die Sache selbst gehen, und diejenigen, mit welchen nur die Aesti-

[2]) Benutzt sind die Basiliken in der Ausgabe von Heimbach, die Paraphrase des Theophilus in der Ausgabe von Reitz. Dem Texte sind die lateinischen Uebersetzungen hinzugefügt. An sich legt der Verfasser auf bloß antiquarische Studien kein Gewicht. Vielmehr sind nach Anleitung der griechischen Quellen die für die Gegenwart maßgebenden Rechtsbegriffe erörtert. Der griechischen Auslegung ist deshalb ein so großer Werth beigelegt, weil aus ihr am klarsten der Fehler der heutigen Pandektentheorie ersichtlich wird.

Digitized by Google

mation (das Intereſſe) gefordert wird, ſo B. XXIX. 1. c. 92 (l. 5 C. 5. 12) nebſt den Anmerkungen:

ὅθεν διαλυομένου τοῦ γάμου δύναται μὴ τὰ πράγματα αὐτά, ἀλλὰ τὴν διατίμησιν αὐτῶν ἀποδιδόναι.

— Unde soluto matrimonio potest non res ipsas, sed earum aestimationem reddere.

Wenn ſie daher ſagen, die Natur der actio in rem ſei darin zu ſuchen, daß ſie die Sache abfordere, ſo dürfte die Annahme gerechtfertigt erſcheinen, daß gerade hierin der Unterſchied zur actio in personam gefunden wird, welche ihrerſeits nur auf das Intereſſe geht.

Auch ſonſt iſt dieſer Charakter der Sachklage ſcharf hervorgehoben. Wir begnügen uns, noch zwei allgemeine Ausſprüche anzuführen.

B. XXIII. 1. 9. Not. 1:

Ἐκτὸς τῆς ἐν ῥέμ, ἐπειδὴ αὐτὸ τὸ πρᾶγμα ἀπαιτεῖ παρὰ δεσπότου κινουμένη.

Praeter actionem in rem, quia rem ipsam petit a domino instituta.

B. LII. 1. 1 (l. 1 §. 5 D. 44. 7):

Ἐνέχεται τῇ περὶ πράγματος ἀγωγῇ καὶ ὁ παραθήκην λαβὼν εἰς τὸ αὐτὸ τὸ πρᾶγμα ἀποκαταστῆσαι.

Tenetur etiam de re actione, qui depositum accepit, ad restituendam rem eandem.

Dieſelbe Anſicht vertritt Theophilus in ſeiner Inſtitutionenparaphraſe. J. II. 20 §. 2:

ἐλέγετο δὲ βανδικατίων παρὰ τὸ vindicare, *ὅ ἐστι διὰ τῆς* in rem *ἐκδικῆσαι τὸ πρᾶγμα.*

Dicebatur vero vindicatio a verbo vindicare, quod est rem per actionem in rem evincere.[3])

---

[3]) Vergl. auch B. XXIII. 1 Not. 2. zur Titelüberſchrift

ἤγουν ἐκδικήσεις τοῦ πράγματος διὰ τῆς ἐν ῥέμ . . . .

λέγεται δὲ οὐνδικατίων παρὰ τὸ οὐνδικάρε, ὅ ἐστι διὰ ἐν ῥέμ ἐκδικεῖσθαι τὸ πρᾶγμα.

id est, vindicationes rei per in rem actionem . . .

Vindicatio autem dicitur a vindicando, quod est per actionem in rem vindicare rem . .

Digitized by Google

Besonders scharf tritt die Auffassung, daß die Sachklage die Sache selbst abfordere, bei der Besprechung der condictio furtiva hervor, welche in dieser Beziehung den Charakter der Sachklage theilt. J. IV. 6. §. 18.:

> τὸ γὰρ πρᾶγμα αὐτὸ τὸ κλαπὲν διὰ ἰδιαζούσης ἀπαιτοῦμεν ἀγωγῆς, ἢ διὰ τῆς in rem, εἴτε ὁ κλέπτης, εἴτε ἕτερός τις τοῦτο νέμεται, ἢ διὰ τοῦ φουρτίβου κονδικτιτίου, ὃν κατ' αὐτοῦ κλέπτου κινεῖν δυνάμεθα.
>
> ipsam enim rem subreptam per propriam petimus actionem, vel per actionem in rem, sive eam fur, sive quis alius possidet, vel per condictionem furtivam, quam adversus furem ipsum instituere possumus.

J. IV. 6. §. 14.:

> διὰ γὰρ μὲν τῆς furti τὸ διπλάσιον ἢ τὸ τετραπλάσιον λαμβάνομεν, αὐτὸ δὲ τὸ ὑφαιρεθὲν ἀπαιτοῦμεν, ἢ κατὰ κανόνα[4]) διὰ τῆς in rem, ἢ παρὰ κανόνα διὰ τοῦ φουρτίβου κονδικτιτίου . . .
>
> per furti enim actionem duplum vel quadruplum consequimur, ipsam autem rem subreptam repetimus, aut secundum regulam per actionem in rem, aut praeter regulam per condictionem furtivam . . .

Der in diesen Stellen ausgesprochene Gegensatz ist der: Mit der Haftklage aus dem Delikte fordern wir das Doppelte oder Vierfache des Werthes, mit der Sachklage und der in dieser Beziehung ihren Charakter theilenden condictio furtiva dagegen die Sache selbst. Unzweideutiger kann die heute herrschende Meinung über den Unterschied der actio in rem und der actio in personam wohl kaum zurückgewiesen werden. Daran aber, daß die Griechen, insbesondere Theophilus, den Gajus und die Institutionen des Justinian nicht verstanden haben sollten, ist nicht zu denken, zumal beide, wenn auch kürzer, dasselbe sagen.

Gajus IV. §. 8.:

> nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit.

[4]) Also soll nach der Regel die Sache selbst durch die actio in rem gefordert werden.

Digitized by Google

J. IV. 6 §. 18.:

eo amplius adversus furem etiam condictio est rei.[5])

Wenn Gajus und Justinian der Meinung gewesen wären, daß mit der Vindikation und der condictio furtiva nicht die Sache abgelangt werden könne, hätten sie füglich das entscheidende Wort „ipsius“ nicht gebrauchen dürfen. Die Griechen geben daher den Sinn der Gesetze korrekt dahin wieder, daß mit den Klagen *αὐτὸ τὸ πρᾶγμα* zurückgefordert werden könne. Wenn ferner Gajus und Justinian die heutige Ansicht über die condictio furtiva hätten kodifiziren wollen, nach welcher das Eigenthümliche derselben darin liegt, daß sie auch dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer gegeben wird, so hätten sie zu dem Worte „rei“ wohl das Wort „suae“ hinzusetzen müssen. Denn allein durch dieses fehlende Wort könnte der herrschenden Meinung eine auch nur scheinbare Stütze gegeben werden.

Diese von den Griechen aufgestellte Unterscheidung zwischen der actio in rem und der actio in personam ist nicht etwa eine bloß theoretische. Vielmehr wird sie vielfach in einzelnen Entscheidungen angewendet. Besonders auffallend wäre es z. B., wenn der Hypothekengläubiger mit der actio hypothecaria die Herausgabe der Sache nicht verlangen könnte. Theophilus ist jedenfalls nicht dieser

[5]) Auch abgesehen von dem Falle des Diebstahls wird die Kondiktion ausnahmsweise auf die Sache selbst gegeben:

a) dem Kommodanten gegen den Kommodatar, l. 1 §. 3 D. de O et A. 44. 7 (Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur; sed is de ea ipsa re, quam acceperit, restituenda tenetur),

b) dem Deponenten gegen den Depositar, l. 1 §. 5 eodem (qui et ipse de ea re, quam acceperit, restituenda tenetur),

c) dem Schuldner nach Zahlung der Pfandschuld gegen den Gläubiger, l. 1 §. 6 eodem (qui et ipse de ea ipsa re, quam accepit, restituenda tenetur).

Diese Fälle kann man juristisch dahin auffassen, daß mit der persönlichen Klage die Vindikation verbunden werde, oder daß die erstere ausnahmsweise sofort auf die Sache selbst gerichtet ist, weil der Kläger mit der ihm zustehenden Vindikation doch dasselbe erreicht haben würde. Die hinsichtlich dieses Punktes unter den griechischen Auslegern bestehende Meinungsverschiedenheit werden wir späterhin darstellen. Jedenfalls beweisen die Ausnahmen, welche von den römischen und griechischen Juristen als solche klar hingestellt sind, die Regel, daß die actio in rem im Gegensatze zur condictio auf die Sache selbst gegangen ist.

Digitized by Google

Anſicht, denn er ſagt mit Bezug auf die verpfändeten Sachen, IV. 6. §. 7:

> *καλῶς κινῶ τὴν κυρίαν Σερβιανήν, καὶ ἀποσπῶ, εἰ μὴ καταβληθῇ μοι τὸ χρέος.*
>
> recte quasi Servianam instituo, easque aufero, si debitum mihi non solvatur.[6])

In dieſer Beziehung ſteht der hypothekariſchen Klage die actio Pauliana gleich, ſo daß ſie ebenfalls als actio in rem zu betrachten iſt. Die benachtheiligten Gläubiger können behaupten, daß die von ihrem Schuldner vorgenommene Tradition ſie überhaupt nichts angehe, und die Sache ſo behandeln, als ſei ſie noch im Eigenthum ihres Schuldners. IV. 6. §. 6:

> *ἐν ᾗ λέγουσι ταῦτα, ὡσανεὶ μὴ ἐτραδιτεύθη τόδε τὸ πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ δεβίτωρος, Εἰ φαίνεται αὐτὸ ἐν τῇ τοῦ δεβίτωρος μεμενηκέναι δεσποτείᾳ.*
>
> in qua haec dicunt, quasi illa res a debitore tradita non sit, Si adparet eam in dominio debitoris mansisse.

Auch was die actio de tigno juncto betrifft, iſt Theophilus mit uns derſelben Auffaſſung (II. 1. §. 29). Die perſönliche Klage auf das Doppelte des Werthes iſt ſchon durch das Geſetz der 12 Tafeln eingeführt, damit der Beſitzer des Gebäudes nicht gezwungen werde, den eingebauten Gegenſtand herauszunehmen:

> *διὰ τὸν δυωδεκάδελτον νόμον, ᾧτινι διηγόρευται, ἵνα μηδεὶς ἀλλότριον ξύλον ἐργάσιμον, τοῖς ἰδίοις οἰκήμασι συζευχθὲν, ἐξελεῖν ἀναγκασθῇ, ἀλλ' ἵνα τὴν διπλασίονα αὐτοῦ καταβάλῃ τιμὴν, κινουμένης ἀγωγῆς περσοναλίας . . .*
>
> propter legem XII tabularum, qua cautum est, ne quis alienum tignum, suis aedificiis injunctum, eximere cogatur, sed ut duplum ejus pretium persolvat, instituta actione personali . . .

Die Verurtheilung auf die Sache ſelbſt ſoll verhindert werden:

> *ἵνα μὴ τοῦ δικαστοῦ καταδικάσαντός με εἰς αὐτὸ τὸ πρᾶγμα, ἀναγκασθῶ τὸν οἶκον καταλῦσαι . . . .*

---

[6]) Vergleiche auch l. 9 §. 1 D. quibus modis pignus 20. 6: pignus, cui is, de quo quaeritur, consensit, minime eum retinere posse.

Digitized by Google

ut ne judice ad eamdem rem me condemnante, domum destruere cogar . . .[7])

Wenn dagegen das Haus zerstört ist, tritt wieder die actio in rem in ihre Rechte, denn nun kann der früher eingebaute Gegenstand selbst zurückgefordert werden,

δύναται κινεῖν ἀκωλύτως καὶ in rem καὶ ad exhibendum.

sine impedimento et in rem et ad exhibendum agere potest.

Hieraus ist ersichtlich, wie Existenz der Sachklage oder Haftklage von dem Umstande abhängig gemacht wird, ob die Sache selbst herausgefordert werden kann oder nur ihr Werth. Wenigstens wäre schwer begreiflich, weshalb Theophilus und die klassischen Juristen (Inst. II. 1 §. 29 l. 1 2 D. de tigno juncto 47. 3) alle diese Betrachtungen anstellen sollten, wenn sie für ihre Zeit keine Bedeutung gehabt hätten. Freilich scheint das letztere Hellmann[8]) doch anzunehmen, indem er aus Gajus VI. §. 48 herleitet, daß zur Zeit des Gajus die actio in rem auch nur auf den Werth gegangen sei, d. h., um den Einwand nach unserer Terminologie zu formuliren, daß die klassischen Juristen eine eigentliche, auf Herausgabe der Sache selbst gehende Sachklage nicht gekannt, sondern an ihre Stelle eine persönliche Klage gesetzt haben. Jedoch steht Alles, was wir bis jetzt vorgetragen haben, dieser Annahme entgegen, und es ist viel wahrscheinlicher, daß die Theorie der Stelle des Gajus eine Bedeutung gegeben hat, die ihr nicht zukommt.[9])

---

[7]) Wenn ein Pupill zum Darlehn zahlt und der Empfänger die Geldstücke verbraucht hat, fällt die actio in rem fort, weil die Herausgabe derselben doch nicht mehr durchgesetzt werden kann. Th. II. 8 §. 2:

τότε ἡ in rem κινεῖσθαι οὐ δύνατοι, οὐδὲ γὰρ φαίνονται οἱ νοῦμμοι.

Dagegen bleibt die Klage auf den Werth in der condictio bestehen. Die Argumentation wäre unbegreiflich, wenn actio in rem und condictio beide nur auf Geldkondemnation gegangen wären.

[8]) Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 34 S. 359—375. Diese Abhandlung ist stets gemeint, wenn Hellmann citirt wird.

[9]) Vergleiche unter anderen Voigt, condictiones ob causam S. 352 Not. 310: „daß es übrigens durchaus unrichtig ist, den Ausspruch von Gajus

Digitized by Google

Die Sachklage wird von Theophilus in Uebereinstimmung mit Gajus auch gegeben, wenn zwei Haufen Getreide, welche im Eigenthume verschiedener Personen stehen, mit einander vermischt werden. II. 1 §. 28. Ihr offenbarer Zweck ist, den vereinigten Haufen zu theilen, und jeder der streitigen Parteien den Besitz eines entsprechenden Antheils zu überweisen:

Εἰ δὲ συμβῇ τὴν τοῦ σίτου σωρὸν, ἢ ὑπὸ σοῦ ἢ ὑπὸ Τιτίου, διακατέχεσθαι, ὁ ἕτερος κατὰ τοῦ νεμομένου κινῆσαι τὴν in rem.

Si vero contingat, ut frumenti acervus, aut a te aut a Titio, possideatur, alteruter adversus possessorem aget in rem.

Es wäre eigenthümlich, wenn jeder der Eigenthümer nur eine Geldentschädigung erhielte, und das Eigenthum an dem Haufen Getreide gleichsam ins Freie fiele.

Am schärfsten tritt der begriffliche Unterschied von Sach- und Haftklage beim Theophilus an der Stelle hervor, an welcher er die gemischten Klagen behandelt, welche den Charakter der Sach- und Haftklage zugleich haben, die actiones familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum.

Zunächst sagt Theophilus ausdrücklich, daß diese Klagen die Natur der Sach- und Haftklage in sich vereinigen:

Εἰσί τινες ἀγωγαὶ, αἵτινες καὶ τῆς in rem *καὶ τῆς* personalis *τὴν φύσιν ἔχουσιν ἐν ἑαυταῖς . . .*

Sunt quaedam actiones, quae et actionis in rem et actionis personalis naturam in se habent.

Das sachliche Element der Klagen wird darin erblickt, daß es sich um bestimmte Sachen handelt, und diese einem oder mehreren der Betheiligten zugesprochen werden, so daß sie sich in Besitz derselben setzen können.

ἔχει γὰρ καὶ τῆς in rem *τὸ ἰδίωμα, καθὸ περὶ πραγμάτων κινεῖται.*

Habet enim et in rem actionis proprietatem, quatenus de rebus instituitur.

IV. 48 und 52, daß bei actiones in rem die richterliche Kondemnation immer auf pecunia certa zu stellen sei, in der Weise zu generalisiren, wie Keller, Civ.Pr. bei Not. 448 thut, beweisen . . . ."

Digitized by Google

ἐνὶ τῶν δικαζομένων, καθὸ δίκαιον καὶ κάλλιστον αὐτῷ φανῇ, προσχωροῦν τὸ κοινὸν πρᾶγμα.

prout justum atque optimum ei videatur, rem communem uni litigantium addicere.

Das persönliche Element liegt darin, daß der durch die Theilung benachtheiligte Miteigenthümer eine Entschädigung in Geld zu verlangen hat, und der Andere dazu verurtheilt wird.

καταδικασθήσεται ὁ λαβὼν τὸν ἀγρὸν . . . δοῦναι . . . ρ' νομίσματα.

condemnabitur qui agrum accepit . . dare . . c. solidos.

οὕτω μέν τοι, ὥστε τὸν λαβόντα τὸ τιμιώτερον μέρος καταδικασθῆναι τῷ ἑτέρῳ δοῦναι χρυσίον . .

sic tamen ut meliorem portionem accipiens condemnetur pecuniam alteri dare. (Theophilus IV. 6 §. 20, IV. 17 §. 5.)

Nicht anders faſſen die Baſiliken die Rechtsverhältniſſe auf. Der Prozeß über Grenzſtreitigkeiten ſoll ein ſachliches und perſönliches Moment enthalten.

B. 58. 9. c. 1 (l. 1 D. 10. 1):

Τὸ περὶ ὅρων ἰθυντέων προσωπικόν ἐστιν, εἰ καὶ πράγματος ἐκδίκησιν ἔχει.

Finium regundorum judicium personale est, licet rei vindicationem contineat.

Dieſe doppelte Natur der Klage wird ebenfalls darin erblickt, daß die eine Partei die Sache erhält und die andere entſchädigen muß.

c. 3 (l. 3 D. eodem):

Προσχωρῶν καὶ καταδικάζων, τοῦ ἑνὸς λαμβάνοντος μέρη τοῦ γείτονος, καὶ ὑπὲρ τούτων διδόντος χρήματα.

Adjudicans et condemnans, uno partes vicini accipiente, et pro his pecuniam praestante.

Beſonders eigenthümlich geſtaltet ſich dieſe Konkurrenz der Sach- und Haftklagen bei dem Rechtsverhältniſſe des Legats. In der älteren Zeit Roms ſtanden verſchiedene Legationsformen nebeneinander, unter anderen das legatum per vindicationem und das legatum per damnationem. Durch das erſtere wurde dem Bedachten eine Sachklage mit Folge verſchafft, ſo daß er die legirte Sache von dem Erben und einem Succeſſor deſſelben ablangen konnte.

Digitized by Google

Das zweite verhaftete den Belasteten mit seiner Person und seinem Vermögen für die Eigenthumsverschaffung. Durch das letztere konnten daher namentlich auch fremde Sachen vermacht werden, indem der Erbe durch seine Haftung gezwungen wurde, sie anzuschaffen.[10])

Justinian vereinigte die beiden Klagen, indem er die verschiedenen Legatsformen aufhob. Der Zweck ist, wie der die Vorgänge referirende Theophilus berichtet, der gewesen, daß der Legatar möglichst immer die Sache erlange. II. 20. §. 2:

> ἐξεῖναι τοῖς ληγαταρίοις τοῦτο λαμβάνειν, εἴτε βούλονται περσοναλίας ἀγωγὰς, ἤγουν κινῆσαι τὴν in rem.
>
> legatariis hoc nancisci liceat, sive velint personales movere actiones, sive in rem.

Diese Darstellung des Theophilus steht in vollem Einklange mit der in Bezug genommenen Konstitution Justinians (l. 1 C. communia de legatis 6. 43). Auch die gedachte Konstitution verbindet Sach- und Haftklage:

> et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem.

Als Zweck dieser allgemeinen Durchführung der Sachklage wird ebenfalls angegeben, daß der Legatar die Sache erlangen solle:

> ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant.[11])

---

[10]) Auch die Klagbarkeit erlangenden Fideikommisse scheinen zunächst nur durch eine Haftklage geschützt worden zu sein. Paulus sent. IV. 1. 18: Jus omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit.

[11]) Auch der Interpret der Pandekten, Stephanus, hebt den Unterschied der zum Schutze des Legatars aufgestellten Sach- und Haftklagen scharf hervor. B. XXIII. 1. 9 Not. 6. Er meint zunächst, daß der Legatar eine Sachklage habe gemäß der Konstitution Justinians:

> ἔχει μὲν τὴν ἐν ῥεμ οὐ πρωτοτύπως ἀρμόττουσαν, ἀλλ' ἐξ ἐπινοίας καὶ αὐθεντίας τῆς διατάξεως.
>
> Legatarius enim in rem actionem habet non principaliter competentem, sed ex introductione et auctoritate constitutionis.

Daneben giebt er ihm aber auch die condictio auf den Werth der Sache:

> Τὰ τοιαῦτα, εἰ μὲν ἀργύρια εἶσι, διὰ τοῦ παρόντος κονδικτικίου ἀπαιτῶ ἀναμφιβόλως· εἰ δὲ ἐν ἑτέροις εἴδεσι, δυνάμεθα διατιμησάμενοι τὸ πρᾶγμα καθ' ἑαυτοὺς τὸν τοιοῦτον κέρτον κινεῖν κονδικτίκιον.
>
> Haec, si quidem in pecunia consistunt, per certi condictionem haud dubie peto. Si vero in aliis speciebus, possumus per nos rei aestimatione facta certi condictione agere.

Digitized by Google

Ein Gesetzgeber, der in der geschilderten Weise Sachklage und Haftklage zum Schutze desselben Rechts verwendet, kann nicht geahnt haben, daß man seine Scheidung der Klagen zur Scheidung der Rechte benutzen würde.

Schließlich aber wird es auch bei der konfessorischen und negatorischen Klage als Pflicht des Richters bezeichnet, dem klagenden Usufruktuar den ungestörten Fruchtgenuß selbst, dem klagenden Eigenthümer den ungestörten Besitz zu verschaffen.

B. XVI. 6 c. 5 §. 6.

> εἰ μὲν ὁ τὴν χρῆσιν ἔχων ἐστί, ψηφίζεται αὐτὸς ἀδεῶς νέμεσθαι· εἰ δὲ δεσπότης ἐστίν, ἵνα μὴ ὀχλῆται·
>
> si quidem fructuarius est, pronuntiatur, ut secure utatur fruatur, si vero proprietarius, ne inquietur.

Der klassische Jurist, Ulpian, widerlegt diese Ansicht nicht nur nicht, sondern bestärkt dieselbe. l. 5 §. 6 D. si ususfr. 7. 6:

> Quid ergo officium erit judicis, quam hoc, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam, proprietatis dominus ne inquietetur.

Der Begriff der actio in rem ist auch auf die sogenannten Präjudizialklagen übertragen worden. Theophilus II. 6 §. 13:

> Τοιαύτη δέ ἐστι καὶ ἡ in rem praejudicialis de partu agnoscendo.

Die Analogie wird offenbar darin gesucht, daß auch der status eines Menschen durch Richterspruch anerkannt und demnächst aufrecht erhalten wurde. Es ist jedenfalls recht unwahrscheinlich, daß auch der Kläger im Präjudizialprozeß wegen seines Status mit einer Geldentschädigung abgefunden worden ist.

Eigentlich erscheint es selbstverständlich, daß, wenn die Römer und Griechen von einer actio in rem sprechen, sie auch meinen, daß die Klage auf die Sache selbst gegangen ist. Wäre, wie die herrschende Theorie behauptet, auch der Sachkläger durch die Geldästimation abgefunden worden, so hätte die Sachklage ihren Charakter eingebüßt und wäre höchstens als eine in rem skribirte persönliche Klage zu bezeichnen. Der Zusammenhäufung des Quellenmaterials, wie sie der Verfasser (vergl. auch Recht an der Sache S. 38—47) vorgenommen hat, bedarf es nur, weil auch

Digitized by Google

jetzt noch einzelne Schriftsteller fortfahren, die Aufhebung der Realexekution für die Sachklagen in der Zeit der klassischen Juristen zu behaupten.

Gegen unsere Argumentation hat man eingewendet, es sei unrichtig, daß bei den Sachklagen eine Adjudikation stattgefunden habe, dies ergebe sich nicht aus Gajus IV. §. 42. Zunächst hat unser Gegner (Hellmann) wohl übersehen, daß aus dem gedachten Gesetze auch nicht die Unmöglichkeit der gedachten Ansicht folgt. Der Schluß unseres Gegners ist der: Da Gajus nur die Theilungsklagen erwähnt, sind die Sachklagen ausgeschlossen. Bei dieser Argumentation ist nicht erwogen, daß die Theilungsklagen durch das Wort „velut" eingeleitet werden, es sich also nur um Beispiele handelt. Aber abgesehen hiervon haben wir nicht behaupten wollen, daß bei den Sachklagen eine förmliche Adjudikation wie bei den Theilungsklagen stattgefunden habe, sondern vielmehr, daß, wenn der Richter die ihm in der Formel: si paret rem actoris esse vorgelegte Frage bejahend beantwortete, damit die Adjudikation bereits ausgesprochen war. Es ist zuzugeben, daß eine förmliche Adjudikation, wie sie bei den Theilungsklagen angewendet wurde, bei den Sachklagen ein Ueberfluß gewesen wäre.[12]) Der Ausspruch des Richters, daß die Sache dem Kläger gehöre — die l. 68 D. spricht von dem jussus des judex —, liegt vor, und des Weiteren bedarf es freilich nicht, da Theile nicht zu bestimmen sind. Hierdurch wird aber in der Sache selbst nicht das Geringste geändert, und unsere Argumentation in keiner Weise erschüttert. Ob die Römer aus der förmlichen Adjudikation, wie bei den Theilungsklagen, oder aus der in dem Ausspruche des Richters bereits liegenden Adjudikation oder dem jussus oder dem arbitrium des Richters die Zwangsvollstreckung in die Sache selbst gestattet haben, bedingt einen materiellen Unterschied nicht. Auf diese rein formale Streitfrage näher einzugehen, haben wir auch hier keine Veranlassung, zumal selbst von

[12]) Wir geben hierbei gern zu, daß wir die sonst wenig begründete Kritik von Hellmann dadurch hervorgerufen haben, daß wir das vielleicht nur in dem Urtheile des Richters liegende Zuerkenntniß der Sache als Adjudikation bezeichnet haben. Wir nahmen an, der mit dem römischen Formalismus nicht vertraute Leser würde so besser im Stande sein, dasjenige zu erkennen, was wir beabsichtigten.

Digitized by Google

unserem schärfsten Gegner zugegeben werden muß, daß bei den Theilungsklagen eine wirkliche, dem Urtheil entsprechende Theilung stattgefunden hat und so das angeblich aus Gajus IV. §. 48 herzuleitende Prinzip auch für die klassische Zeit so wie so durchbrochen ist.

Hauptsächlich und als entscheidend wird aber unserer Ausführung die gedachte Stelle des Gajus entgegengesetzt. Ihre lapidaren, freilich nicht absolut sicher feststehenden Worte lauten:

> Omnium autem formularum quae condemnationem habent ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque si corpus aliquod petamus judex non ipsam rem condemnat, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.

Allerdings sagt dies Gesetz nicht ausdrücklich, daß die Exekution aus Urtheilen in Sachklagen aufgehoben sei, aber es wird dies von unseren Gegnern in folgender Weise geschlossen: „Auch bei Sachklagen findet die condemnatio statt. Die Sachklagen gehören nicht zu denjenigen Klagen, welche nach Gajus §. 44 bloß eine intentio haben, wie z. B. die Präjudizialklagen. Selbstverständlich kann eine Vollstreckung nur aus der Kondemnation stattfinden. Daher ist es sicher, daß in der klassischen Zeit eine effektive Zwangsvollstreckung nicht stattgefunden hat, und die actio in rem im Sinne der Griechen überhaupt aufgehoben gewesen ist." Nun ist es freilich sicher und von uns nirgends bestritten worden, daß auch bei den Sachklagen eine condemnatio stattgefunden habe.

Auch Theophilus IV. 6 §. 1 läßt sie ohne jedes Bedenken zu:

> *Εἰ φαίνεται, τὸ πρᾶγμα τῆς ἐμῆς δεσποτείας εἶναι, καταδίκασον ὦ δικαστὰ τὸν ἀντίδικον.*
>
> Si paret rem illam mei esse dominii, condemna o Judex adversarium.

Hellmann hat mit der Behauptung Recht, daß, wer die Möglichkeit der Kondemnation bei Sachklagen leugnet, gegen Gajus IV. §. 44 verstößt. Ja noch mehr, er würde gegen alle bereits von uns (Recht an der Sache S. 46, 47 und sonst) citirten Aussprüche

Digitized by Google

der klassischen Juristen verstoßen.[13]) Es ist daher zweifellos, daß auch bei den Sachklagen eine Kondemnation auf Geld stattgefunden hat. Aber der Zweck dieser Kondemnation war der, den Kläger auch für den Fall schadlos zu halten, daß er die Sache durch die Exekution nicht erlangen konnte, daß er von derselben überhaupt Abstand nahm, oder daß er neben der Sache noch Entschädigung für Früchte u. s. w.[14]) zu fordern hatte. Betrachtet man diesen Zweck der Kondemnation, so scheint klar zu liegen, daß die Nothwendigkeit der Geldkondemnation die Vollstreckung aus Urtheilen in Sachklagen überhaupt nicht ausschloß. Man müßte denn von der durch die Quellen in keiner Weise gerechtfertigten Annahme ausgehen, daß das Urtheil überhaupt nur in seinem kondemnatorischen Theile vollstreckbar gewesen sei. Für diese Annahme könnte man sich freilich auf die Analogie des modernen Prozesses beziehen, da gegenwärtig nur aus dem vom Richter hervorzuhebenden Tenor die Zwangsvollstreckung stattfindet, aber man würde damit gegen den Sinn der römischen Rechtsquellen verstoßen. Auch die bejahende Antwort des Richters auf die ihm in der Formel vorgelegte Frage ist ein entscheidender Theil des Urtheils, und an sich liegt kein Grund vor, aus ihr die Zwangsvollstreckung zu verweigern. Bei den Präjudizialklagen (Statusklagen), die nur eine intentio hatten, beantwortete der Richter sogar nur die ihm in der Formel vorgelegte Frage, und doch wird keiner unserer Gegner die Meinung aufstellen, daß die Urtheile in Statussachen nicht effektiv durchgeführt worden seien.[15])

---

[13]) Trotzdem nimmt Hellmann an, daß wir actiones, quae condemnationem habent (Haftklagen), und actiones, quae adjudicationem habent (Sachklagen), einander in dieser Weise entgegenstellen wollen. In Folge dieses Mißverständnisses meint er, daß uns Gajus IV. §. 44 entgangen sei.

[14]) Vergl. l. 68 D. de R. V. 6. 1. (manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causae nomine condemnatio fit).

[15]) Auch Theophilus bestätigt, daß Präjudizialklagen bloß aus einer Intention ohne Kondemnation bestanden haben. IV. 6. §. 13 (Gajus IV. §. 44).

Praejudicium δέ ἐστι τύπος ἀπὸ ἰντεντίωνος μόνης συγκείμενος, οὐδὲ γὰρ ἔχει καταδίκην ἐν ἑαυτῇ.

Praejudicium autem est formula ex sola constans intentione, neque enim condemnationem in se habet.

Digitized by Google

Nur um dasjenige, was wir beweisen wollen, noch klarer zu legen, möchten wir uns ebenfalls auf eine Analogie des heutigen Prozesses beziehen. Jeder vorsichtige Vindikationskläger wird neben dem Antrage, ihm die Sache zuzusprechen, auch den zweiten stellen, den Kläger zur Zahlung einer Geldsumme für den Fall zu verurtheilen, daß die Sache selbst nicht herausgegeben werde. Daraus wird Niemand schließen, daß der Kläger die Zwangsvollstreckung auf die Sache selbst verloren habe.

Aus der Stelle des Gajus schließen wir also in Uebereinstimmung mit unseren nur scheinbaren Gegnern, daß bei allen Klagen, soweit sie überhaupt eine Kondemnation haben, also auch bei den Sachklagen, die Kondemnation auf Geld gegangen sei. Daraus folgt aber nicht, daß in der klassischen Zeit die Zwangsvollstreckung aus Urtheilen auf Sachklagen aufgehoben gewesen ist. Denn wie dies Paulus in der l. 68 D. de R. V. prägnant ausdrückt, wurde die Zwangsvollstreckung auf die Sache überhaupt nicht aus der Kondemnation, sondern aus dem jussus des Richters gegeben. Gajus weist in dem Gesetze den Richter formell an, immer auf Geld zu kondemniren, die Frage aber, ob der siegende Kläger die Sache selbst fordern könne, oder nicht, berührt er überhaupt nicht. Trotz der Nothwendigkeit der Geldkondemnation ist daher der Charakter der Sachklagen, daß sie auf die Sache selbst gehen, nicht beseitigt, nur soweit eine Sachklage überhaupt nicht mehr gegeben wird, muß sich der Kläger mit einer Geldabfindung benügen.[16])

Ja, den Freiheitsprozeß bezeichnet er ohne Weiteres als eine actio in rem. (In rem *δέ ἐστι τοῦτο τὸ δικαστήριον*, in rem vero hoc est judicium.) Aber da es dem sich im Stande der Sklaverei befindlichen Kläger nur darauf ankam, seine Freiheit, nicht eine Entschädigung zu erlangen, brauchte er einen Antrag auf Kondemnation des Herrn überhaupt nicht zu stellen.

> *δύναται γὰρ ὁ ἀναφωνῶν εἰς ἐλευθερίαν κυρίῳ λέγων, Εἰ φαίνεται, μὲ ἐλεύθερον εἶναι, καὶ οὐκ ἔτι ἐπάγειν, καταδίκασον ὦ δικαστά.*
> namque ad libertatem proclamans potest agere dicens, Si adparet me liberum esse, nec insuper addere, Condemna judex.

Daß aber die Urtheile gerade in derartigen Prozessen, weil ohne Kondemnation, nicht vollstreckbar gewesen seien, ist ganz unglaublich.

[16]) Hellmann meint, unsere Interpretation von Gajus IV. §. 44 würde zu dem Schlusse zwingen, es wäre ehemals (olim) die condemnatio der Haftklagen in ipsam rem gegangen. Wie es zu Zeiten des alten Roms gewesen, wissen wir nun freilich nicht, und es ist schwer, über solche Konjekturen zu

Digitized by Google

Das von uns so gewonnene und allein erhebliche Resultat, daß auch aus den römischen Urtheilen in Sachprozessen die Zwangsvollstreckung in die Sache selbst statt gefunden habe, wird auch durch die Basiliken, welche in dieser Beziehung in Uebereinstimmung mit dem Pandektenrechte stehen, bestätigt.

B. XV. 1. 67 (l. 68 D. de R. V. 6. 1):

Ὁ τῷ δικαστῇ μὴ πειθαρχήσας ἐν τῷ ἀποκαταστῆσαι, εἰ μὲν ἔχει τὸ πρᾶγμα, διὰ στρατιωτῶν ἀφαιρεῖται. καὶ ἐπὶ μόνοις καρποῖς καὶ ἀμελείᾳ καταδικάζεται.

Qui judici non paret in restituendo, si quidem habet rem, per milites ei aufertur.

B. XLVIII. 8. 36 Not. 1. (l. 36 D. de lib caus. 40. 12):

Ὁ νικῶν τὸν περὶ ἐλευθερίας ἀγῶνα οὐκ ἀναγκάζεται τὴν τοῦ οἰκέτου διατίμησιν λαβεῖν, ἀλλ' ἔξεστιν αὐτῷ ἑλκύσαι πρὸς τὴν ἑαυτοῦ δουλείαν τὸν ἀποφανθέντα αὐτοῦ οἰκέτην.

Qui in liberali judicio vincit, servi aestimationem accipere non cogitur; sed licet ei eum, qui servus ejus pronunciatus est, in servitutem suam retrahere.

Daß im griechischen Rechte eine Aenderung eingetreten, läßt sich gewiß nicht ausführen, denn die von uns (Recht an der Sache S. 46. 47) hervorgehobenen Pandektenstellen betonen es fast noch

streiten. So viel aber ist sicher, daß der von Hellmann gezogene Schluß aus unserer Beweisführung nicht zu ziehen ist. Wir nehmen an, daß in der Zeit, welche von Gajus durch das Wort „olim" bezeichnet wird, die Römer den scharfen Unterschied zwischen Sachklagen und Haftklagen noch nicht gekannt haben, daß er etwa erst das Ergebniß des Formularprozesses ist. In den alten Zeiten Roms wird vermuthlich der Käufer eine Sachklage gehabt haben, mit welcher er die Sache selbst forderte, und eine Haftklage, mit welcher er sein Interesse forderte, wenn ihm die Sache nicht übergeben wurde. Dieser Rechtszustand ist sogar durch das moderne Recht wieder zurückgeführt. Eine Haftklage, die in ipsam rem gegangen, ist nach unsrer Deduktion begrifflich ausgeschlossen. Es ist nur richtig, daß die klassischen Juristen, wenn sie ausnahmsweise mit der Haftklage eine Sachklage verbanden, schon gesagt haben, die Haftklage gehe auf die Sache, so bei der condictio furtiva. l. 8 D. de cond. furt. 13. 1. Vergl. auch l. 1 §§. 3, 5, 6 D. de O. et A. 44. 7. Der Verfasser hat aber gerade (Recht an der Sache S. 66, 67) ausgeführt, daß dies nur aus praktischen Rücksichten beliebt sei, weil man mit der Sachklage doch dasselbe erreichen konnte, daß begrifflich die Haftklage von diesem sachlichen Moment frei zu halten sei.

Digitized by Google

mehr, daß ein direkter Zwang stattgefunden hat, l. 9 D. de R. V. 6. 1 (necesse habebit possessor restituere) l. 58 eodem (judicem cogere, ut eum traderet), l. 57 D. de hered. ped. 5. 3 (in executione).[17]) Die l. 21 § 4 D. de O. N. N. 39. 1 giebt schließlich dem Sachkläger die Wahl, ob er die Sache oder Entschädigung fordern wolle. Es bleibt schließlich nur die einzige Möglichkeit, daß man die Pandektenfragmente für interpolirt erachtet und ausführt, daß die Griechen den Unterschied von Sach- und Haftklagen erfunden haben, ohne auch nur zu ahnen, daß sie sich auf einem durchaus unklassischen Boden befunden haben. Wir unterlassen es, gegen dies Argument anzukämpfen, da, sobald man sich auf das Gebiet bloßer Konjektur begiebt, Alles möglich wird.[18])

Zuletzt aber müssen wir auf unseren Hauptgrund, aus dem wir, abgesehen von allen Quellenaussprüchen, die herrschende Meinung bekämpfen, gerade deshalb zurückkommen, weil sich keiner von unseren Gegnern auf ihn eingelassen hat.

Ein Rechtszustand, in welchem die direkte Zwangsvollstreckung überhaupt beseitigt ist, ist eine absolute Unmöglichkeit. Denn dann würde selbst der Dieb gegen Geldabfindung im Besitz der Sache geschützt, der Hypothekengläubiger könnte die Sache zu seiner Be-

[17]) Die l. l. 69. 70 D. de R. V. 6. 1 schließen unter allen Umständen die Befugniß des Räubers aus, den Sachkläger wegen seines Anspruches abzufinden, selbst dann, wenn der Beklagte nicht besitzt und so die Aestimation zu leisten hat (ne in potestate cujusque sit, per rapinam ab invito domino rem justo pretio comparare). Aus dieser Argumentation ergiebt sich auch, daß die römischen Juristen die Unmöglichkeit, die Zwangsvollstreckung in die Sache selbst ganz aufzuheben, klar erkannt haben.

[18]) Unser Gegner, Hellmann, sagt nicht, was er über die Natur der actio in rem denkt. Billigt er unsere Ansicht, daß auf Grund derselben die Zwangsvollstreckung in die Sache selbst stattgefunden habe, so wird er schließlich die Stelle des Gajus nicht anders interpretiren können, als wir es gethan haben. Sollte er dagegen meinen, daß bei den actiones in rem die direkte Zwangsvollstreckung ausgeschlossen gewesen sei, so würde er gegen den Inhalt der von uns angeführten Pandektenfragmente verstoßen. Seine Polemik gegen uns ist daher unfruchtbar und vermeidet die Frage, auf welche es ankommt.

Im Uebrigen neigt sich selbst die moderne Literatur der zuerst von Ziebarth vertretenen Auffassung immer mehr zu. Voigt, condictiones ob causam S. 352 Not. 310, Kuntze, die Obligationen S. 38.

Digitized by Google

friedigung nicht verwenden, dem Eigenthümer könnte sein Grundstück durch Bauten vollständig entwerthet werden, wenn nicht die Niederreißung derselben durchgesetzt werden könnte. Ebenso unmöglich ist es, daß die Römer gegen denselben Beklagten Sachklagen und Haftklagen zugleich gegeben haben sollten, wenn man mit beiden doch nur dasselbe erlangen konnte.

Hiernach ist die von uns aufgestellte Auffassung der Sachklage wohl unerschüttert und von den Griechen aufs Bestimmteste bestätigt: dieselbe ist eine Klage auf Anerkennung des Rechts und dessen wirkliche Durchführung.[19]) Dem besiegten Beklagten wird die Sache mit Gewalt abgenommen, oder er wird durch Straf- und Schadensersatzklagen gezwungen, den Besitzstand des siegenden Klägers wirklich zu schonen. Dagegen braucht sich der siegende Sachkläger mit einer Aestimation nicht abfinden zu lassen.[20]) Ein Gesetz, welches dies anordnete, würde alle Lebensverhältnisse verkennen.

[19]) In neuerer Zeit wird das Wesen der actio in rem vielfach in ihrer sog. Absolutheit, in dem Umstande gesucht, daß sie gegen Jeden zustehen soll. Aber von vornherein ist es eine unrichtige Vorstellung, daß die actio in rem gegen alle Welt begründet sei. Sie ist begründet nur gegen den Besitzer. Allerdings hat sie in der Regel das Recht der Folge, so daß sie auch gegen die Nachfolger des ursprünglichen Besitzers gegeben wird. Aber auch wenn ihr die Folge ausnahmsweise versagt ist, behält sie ihren Charakter als actio in rem, da sie trotzdem eine auf die Sache selbst gerichtete Klage bleibt, und so in dem Rechte der Folge zwar eine gewöhnliche, aber keine nothwendige Eigenschaft der Vindikation zu erblicken ist.

Die merkwürdige Erscheinung, daß die deutsche Jurisprudenz eine Sachklage ohne Folge als solche nicht anerkennen will, erklärt sich aus dem Umstande, daß die Römer den berechtigten Klägern in vielen Fällen nur eine Haftklage, eine Klage auf das Interesse, gegeben haben, so dem Käufer und Rückforderungskondicenten. Nach modernem Rechte können die gedachten Personen die Herausgabe der Sache selbst fordern. Indem man sich nur an die Worte der Römer hält, die selbstverständlich in den gedachten Fällen von einer persönlichen Klage sprechen, nennt man die heutige Klage auf Herausgabe der Sache ohne Folge eine persönliche Klage und beachtet nicht, daß sich der materielle Rechtszustand gerade in dem wesentlichen Punkte geändert hat. Richtig dagegen verfährt die französische Jurisprudenz. Für sie ist es keinem Zweifel unterworfen, daß der heutige Käufer in dem ihm zugesprochenen schwächeren Eigenthum ein durch Haft- und Sachklage geschütztes Recht an der Sache hat.

[20]) Bemerkenswerth ist, daß unsere Theorie solche unmögliche Bestimmungen gerade den praktischen Römern zumuthet, und daß sich derartige Ausführungen

Digitized by Google

§. 2. Die Natur der Haftklage (actio in personam).

Im schärfsten Gegensatz zu der auf die Sache selbst gerichteten Sachklage geht die Haftklage auf das Interesse. Sie zwingt den Beklagten zu einem Thun oder Geben dadurch, daß sie ihn mit seiner Person und seinem Vermögen verantwortlich macht, für den Fall, daß er nicht thut oder giebt.

Die Basiliken definiren daher, nachdem sie, wie wir oben vorgetragen, die Sachklage als eine auf die Sache selbst gerichtete Klage bezeichnet haben, die Haftklage dahin:

> Bas. LII. 1. 24 (l. 25 pr. D. 44 7):
> *προσωπικὴ δὲ ἐστιν ἡ κινουμένη κατὰ τοῦ ἐνεχομένου εἰς τὸ ποιῆσαί τι ἢ δοῦναι.*
> personalis autem est, quae instituitur adversus eum, qui ad faciendum quid vel dandum obligatus est.

Mit ihr kann daher Niemand, wie schon aus den im §. 1 angeführten Fragmenten erhellt, die Sache selbst fordern. Ganz allgemein spricht diesen Grundsatz Theophilus nach Anleitung des Gajus aus:

> Th. IV. 6 §. 14:
> *τὸ μὴ δύνασθαι τὸν ἀνάγοντα τὸ ὑπὸ αὐτοῦ δεσποζόμενον πρᾶγμα διὰ περσωναλίας ἀγωγῆς ἀπαιτεῖν . . .*
> non posse actorem rem, cujus dominus sit, per actionem personalem petere.

Angewendet wird der Grundsatz, daß der Haftkläger nicht die Sache fordern könne, auf den Käufer. Denn wenngleich, wie wir unten näher ausführen werden, es den Griechen zweifellos erscheint, daß der Käufer ein schwächeres Recht an der Sache erlangt, soll sein Recht doch nur durch eine Klage auf das Interesse erzwungen werden.

---

außerdem des Rufs einer besonderen Wissenschaftlichkeit erfreuen. Wir müssen daraus entnehmen, daß das bloße Studium eines todten Rechts uns zu praktischen Resultaten nicht führt.

Digitized by Google

B. XV 1. 49 (l. 50 D. 6. 1):

Ὁ ἀγοραστὴς πρὸ παραδόσεως οὐκ ἔχει τὴν ἐπ' αὐτῷ[21]) *τῷ πράγματι ἀγωγήν. Ὁ δὲ κληρονόμος ἔχει αὐτὴν ἐπὶ τοῖς κληρονομικοῖς, καὶ πρὶν ἢ νεμηθῇ.*

Emtor ante traditionem in rem actionem non habet. Heres autem de rebus hereditariis eam habet, etiam prius, quam eas possederit.

Die Annahme ist wohl nicht bedenklich, daß Käufer und Erbe hier so einander gegenüber gestellt werden, daß zwar nicht der Käufer, wohl aber der Erbe die Sache selbst fordern kann.

Der beschränkte Schutz des Käufers erhellt besonders deutlich auch aus B. XIX. 8. 59 (l. 4 C. 4. 49):

Καὶ ὅτι ὁ πράτης μὴ παραδιδοὺς τὸ πρᾶγμα ἐπὶ τῷ διαφέροντι ἐνέχεται.

Venditor, qui rem non tradit, in id, quod interest tenetur.

Der zum Rechtssprichworte gewordene Grundsatz, daß die persönliche Klage nicht auf die Sache selbst gerichtet sei, wird namentlich auf die Kondiktionen angewendet. Niemand verlangt durch sie die Sache selbst.

B. XXIV. 8. 7 (l. 1 §. 1 D. 13. 3):

Ἰδιον δὲ πρᾶγμα οὐδεὶς ἀπαιτεῖ δι' αὐτοῦ, εἰ μὴ ἄρα ἐκλάπῃ ἢ ἁρπάγῃ.

Rem autem suam nemo per eam petit, nisi subrepta sit, vel vi ablata.

In den Ausnahmefällen, in welchen dieser Grundsatz durchbrochen wird, geht die Klage auf die Sache selbst.

Th. IV. 6 §. 18:

τὸ γὰρ πρᾶγμα αὐτὸ τὸ κλαπὲν . . ἀπαιτοῦμεν . . διὰ τοῦ φουρτίβου κονδικτιτίου . .

ipsam enim rem subreptam . . petimus . . . per condictionem furtivam.

[21]) Zu bemerken ist, daß die Griechen dem Käufer nur die auf die Sache selbst gerichtete Klage abgesprochen haben. Dagegen ist von ihnen der Zweck der Hafitklage, dem Kläger durch indirekte Zwangsmittel den Genuß der Sache zu verschaffen, nirgends verkannt.

Digitized by Google

IV. 6 §. 14:

αὐτὸ δὲ τὸ ὑφαιρεθὲν ἀπαιτοῦμεν . . διὰ τοῦ φουρτίβου κονδικτίου . .

ipsam autem rem subreptam repetimus . . per condictionem furtivam.

Schon dieser von den Griechen so besonders scharf hervorgehobene Gegensatz macht es klar, daß die von uns gegebene Darstellung von der Natur der Sach- und Haftklage eine so unrichtige nicht sein kann, wie unsere Beurtheiler behaupten.

Sach- und Haftklagen werden ferner von dem Theophilus IV. 6 §. 17 mit einander verglichen und einander gegenüber gestellt. Sie sollen zwar beide den Zweck haben, die Sache zu verfolgen und ihre Herausgabe zu erzwingen. Während aber die Sachklage direkt auf die Sache selbst gerichtet ist, enthält die Haftklage eine bloße Kondemnation, welche, wie wir bereits oben ausgeführt haben, immer auf Geld gerichtet ist.

Καὶ πρὸς μὲν rei persequutionem *ἐπινενόηνται πᾶσαι αἱ* in rem *ἀγωγαί. ἐπὶ δὲ τῶν περσοναλίων, ὅσαι μὲν ἀπὸ συναλλαγμάτων κατάγονται, σχεδὸν πᾶσαι* ad rei persequutionem *μόνην ἔχουσι τὴν καταδίκην.*

Et ad rei quidem persequutionem inventae sunt omnes in rem actiones: de personalibus autem, quotquot ex contractibus oriuntur, fere omnes ad rei persequutionem solam habent condemnationem.

Richtig ist und von uns nicht übersehen worden, daß im weiteren Verlaufe der Stelle die Haftklagen aus dem Vertrage auch den Pönalklagen entgegengesetzt werden.[22]) Die ersteren gehen auf

[22]) Hellmann bemerkt: „Was soll man sagen, wenn Gajus IV. §. 7 rem tantum persequimur (id est non poenam) velut actionibus, quibus ex contractu agimus zum Beweise dafür angeführt wird, daß die Römer die Haftklage zum Schutze des Sachenrechts gegeben hätten." Hiernach scheint Hellmann in der That anzunehmen, daß wir den Gegensatz von reipersekutorischen Klagen und Pönalklagen übersehen hätten. Dies ist nicht der Fall. Dagegen dürfte Hellmann nicht genügendes Gewicht darauf gelegt haben, daß der römische Jurist einen doppelten Gegensatz im Auge hat.

Auch sonst sagen die römischen und griechischen Juristen ohne jedes Bedenken, daß mit der condictio die Sache gefordert werde. l. 31 D. de R.C. 12. 1. (Quum fundus vel homo per condictionem petitus esset.) B. XXIII. 1. 31. Not. 1

Digitized by Google

den bloßen Werth, die anderen allein oder zugleich auf Strafe. Dadurch wird aber die aus den Worten des Theophilus selbst sich ergebende Annahme nicht ausgeschlossen, daß zunächst Sach- und Haftklagen mit einander verglichen werden, und daß ihre Gleichheit darin erblickt wird, daß sie beide die Herausgabe der Sache anstreben, ihr Unterschied aber darin, daß die Haftklage nur eine erzwingbare Geldkondemnation enthält. Die von uns aufgestellte Behauptung, daß Sach- und Haftklagen dasselbe Recht auf Herausgabe schützen, die eine direkt, die andere indirekt, ist daher durchaus korrekt. Wo der die Sachklage charakterisirende Unterschied hervorgehoben werden soll, gebrauchen die Griechen das Wort „αὐτὸ", Gajus das Wort „ipsa" mit Bezug auf die herauszugebende Sache.

Die Obligationen sind, wie es Theophilus ausdrückt, die Mutter der Haftklagen. III. 13:

Μητέρες γὰρ τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί.

matres enim actionum sunt obligationes.

Beide Begriffe müssen sich also im Wesentlichen decken und erklären sich gegenseitig. Die Obligation ist die Verhaftung der Person und ihres Vermögens für ein Thun oder Geben, die Klage stellt diese Verhaftung fest. Daß aber Theophilus und die Griechen nach Anleitung der klassischen Juristen die Obligation in unserem Sinne aufgefaßt haben, kann kaum in Frage gezogen werden.

Th. II. 2 §. 1:

Καὶ τί ἐστιν ἐνοχή; δεσμὸς δικαίου, δι' οὗ τις ἀναγκάζεται ποιεῖν ἕκαστον, ὃ ὀφείλει ποιεῖν.

Et quid est obligatio? Vinculum juris, quo quis cogitur facere quodcunque facere debet.

(*Ὅτε ἀγρὸς ἢ δοῦλος διὰ κονδικτικιου ἀπαιτεῖται*), l. 28 D. de O. et A. 44. 7 (infertur . . . persecutio in personam rei persequendae gratia). Will man etwa ausführen, daß eine Klage, welche die Sache verfolgt, nichts mit der Sache zu thun habe? Richtig ist nur, daß die Haftklage nicht allein das Recht auf Herausgabe einer bestimmten Sache schützt, sondern auch das Recht auf Verschaffung von fungiblen Sachen, insbesondere von Geld (obligatio ad dandum), ferner das Recht auf reine Handlungen. Insofern wird der Ausdruck „res" auf den Gegenstand des geschützten Rechts überhaupt übertragen, und in dieser Weise J. IV. 6 §. 1, §. 17 angewendet.

Digitized by Google

Th. III. 13 pr:

> ἐνοχή ἐστι δέσμος δικαίου, δι' οὗ τις ἀναγκάζεται καταβαλεῖν τὸ ἐποφειλόμενον.
>
> Obligatio est vinculum juris, quo quis debitum solvere cogitur, secundum civitatis nostrae leges.

Wir haben die Obligation als das Zwangsmittel bezeichnet, durch welches ein jedes Recht erzwungen werden kann, so weit nur bei ihm ein Thun, Geben oder Gewähren denkbar ist. Theophilus sagt fast wörtlich dasselbe. Zwangsmittel und erzwungenes Recht ist aber etwas Verschiedenes. Auch ist ein Zwangsmittel ohne etwas zu Erzwingendes nicht vorzustellen.

Das Zwangsmittel besteht aber in der Verhaftung der Person und ihres ganzen Vermögens, während die obligatio rei (Pfandrecht und Hypothek) in der Verhaftung der einzelnen Sache besteht.[23]) Es ist zweifellos nicht möglich, daß die obligirte Sache etwas thue oder gebe. Auch wird die Behauptung, daß die Römer den Begriff der obligatio anders gedacht haben, je nachdem ihr eine Person oder Sache untersteht, wohl auf begründeten Widerstand stoßen. Es ist daher schon aus diesem Grunde nicht denkbar, daß die Obligation das Recht auf das Thun oder Nichtthun selber sei. Vielmehr bezeichnen die Worte: „dare, facere, praestare" in der

---

[23]) Die Analogie zwischen obligatio personae und obligatio rei ist im römischen Recht überall durchgeführt. Eine Andeutung, daß ganz verschiedene Begriffe vorliegen, ist nirgends gemacht. l. 11 D. quibus modis pignus 20. 6 (obligationem praediorum remisisse videri, obligationem autem personalem perseverasse). Die l. 4 C. de rem. pig. 8. 25 bezeichnet die Sache als obstringirt (ea res, quasi obstricta non potest vindicari), die l. 60 D. de R. J. die Person (obstringitur mandati actione). In der l. 2 C. de curatore 5. 70 werden für die Pfandhaft dieselben Ausdrücke verwendet, wie sonst für die Personalhaft. Vom Grundstücke selbst wird gesagt: „nexus est", die Pfandhaft ist ein vinculum pignoris. Man vergleiche auch l. 4 de pig. 20. 1, l. 3 D. quae res pign. 20. 3, l. 1 §. 1, l. 41 de pign. act. 13. 7, l. 13 §. 11 L. C. 19. 2, l. 52 D. de act. emt. 19. 1, l. 12 D. de alim. leg. 34. 1, l. 23 pr. §. 1 de pign. 20. 1, l. 6 D. eodem, l. 9 C. de acq. poss. 7. 32. Hiernach scheint uns jede Definition der Obligation verwerflich, die dahin führt, daß obligatio personae und obligatio rei in ihrer ganzen Natur verschieden seien, und die den Unterschied nicht in einzelnen Punkten, z. B. im Objekte, im Vorzugsrechte u. s. w. sucht.

Digitized by Google

Legaldefinition der l. 3 pr. D. de O. et A. 44. 7 das geschützte Recht.[24])

Der obligatio personae wie der obligatio rei unterliegen daher die vom Verhafteten besessenen Sachen, der ersteren sein ganzes Vermögen.

Th. IV. 11 §. 4:

ὑποτιθέμενος μέντοι ἐπὶ τῇ τοιαύτῃ ὁμολογίᾳ (judicatum solvi) *τὴν οἰκείαν περιουσίαν, εἴτε ἐν δικαστηρίῳ ταῦτ' ἐκθῆται εἴτε ἐκτὸς δικαστηρίου, ὥστε καὶ αὐτὸν καὶ κληρονόμους αὐτοῦ ἐνόχους ἐντεῦθεν γίνεσθαι.*

oppignerans nimirum in hujusmodi promissione sua bona, sive in judicio hoc exponat, sive extra judicium, ita ut et ipse et heredes ejus obligentur.

B. XXXVII. 4. 9:

Ἡ διάταξις λέγει, πάντως τοὺς ἐπιτρόπους μείζονας εἶναι τῶν κέ· ἐνιαυτῶν, ἵνα καὶ τὰ πράγματα αὐτῶν ὑπόκεινται.

Constitutio dicit, omnino tutores annis viginti quinque majores esse debere, ut etiam res ipsorum obligatae sint.

Der Begriff der Obligation als einer Verhaftung der Person und des Vermögens reicht wohl in die ältesten Zeiten des römischen Rechts zurück.

Edict. praef. Aegypti a. 68 p. Chr. (bei Bruns, fontes 219):

---

[24]) Man vergl. auch l. 34 C. de transact. 2. 4. (Nec ad implendum promissum . . . pollicitatione quisquam adstringitur.) Hier wird doch wohl deutlich ausgesprochen, daß die Obligation das Zwangsmittel zur Erzwingung eines Versprechens sei.

Da die obligatio ein Schutzmittel für alle Rechte ist, bei welchen ein dare, facere, praestare denkbar ist, erklärt es sich, daß sie alle Gebiete des Privatrechts und des öffentlichen Rechts durchdringt. Diese universelle Bedeutung der Obligation schildert auch Kuntze (Obligationen S. 52 ff.) in treffender Darstellung. Auch nach seiner Meinung geht es nicht an, die Obligation in die Grenzen des Obligationenrechts, wie dieses in den Kompendien auftritt, eingepfercht zu denken. Die scharf markirte Grenze, von welcher Endemann (Ztschr. für H.-R. Bd. 38) spricht, existirt überhaupt nicht. Nur darin ist ihm beizutreten, daß die Begriffe des Rechts an der Sache und der Obligation scharf zu trennen sind, dagegen ist es eine unrichtige Systematik, die Rechte nach geschütztem Rechte und Schutzmittel zu trennen.

Digitized by Google

ἵνα αἱ πράξεις τῶν δανείων ἐκ τῶν ὑπαρχόντων ὦσι, καὶ μὴ ἐκ τῶν σωμάτων . . .

ut debitorum exactiones e bonis, non ex corporibus fierent.[25])

Durch dies Edikt wird schon die Haftung der Person beseitigt, so daß nur die Vermögenshaftung bestehen bleibt. Dieser Begriff der Obligation ist aber ebenso modern.

Art. 2 Wechselordnung:

Der Wechselschuldner haftet für die Erfüllung der übernommenen Wechselverbindlichkeit mit seiner Person und seinem Vermögen.

Art. 692 H.-G.-B.

Die sämmtlichen verbodmeten Gegenstände haften dem Bodmereigläubiger solidarisch.[26]) (Vergl. code civil Art. 2092, Recht an der Sache S. 24.)

Auch vom Standpunkte praktischer Rechtsphilosophie empfiehlt sich der von uns festgehaltene Begriff. Indem er die Obligation, das Zwangsmittel, sorgfältig von dem geschützten Rechte unterscheidet, verhindert er, daß man Grundsätze, die nur von der Obligation gelten, auf das erzwungene Rechte anwendet, wie dies die herrschende Theorie thut. Er deckt so die deutsche Rechtsentwickelung, insbesondere die des preußischen Rechts, welches das durch die Obligation gedeckte Recht des Käufers an der Sache anerkennt. Dadurch beseitigt er zugleich das Hinderniß, welches die deutsche Jurisprudenz abhält, denselben Fortschritt zu machen wie die aus-

[25]) Dasselbe verordnete schon die lex Poetelia. Livius 8. 28 (pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset). Auch dies Gesetz findet das Wesen der Obligation in der Verhaftung des Vermögens. Kuntze will freilich die rechtsgeschichtliche Großthat des Gesetzes darin erblicken, daß in der Obligation die rechtliche Herrschaft über fremden Willen zur Anerkennung gelangt sei. Jedoch enthalten davon die uns überlieferten Worte nichts. Außerdem entspricht eine Gebundenheit des Willens jedem Rechte. Selbst der besitzende Eigenthümer kann verlangen, daß sein Eigenthum geschont werde.

[26]) Uneigentlich kann man auch das durch eine Obligation gedeckte Rechtsverhältniß als Obligation bezeichnen. Dies mögen auch die römischen Juristen gethan haben. Im technischen Sinne ist aber der Begriff der Obligation scharf zu fassen.

Digitized by Google

ländischen Gesetzgebungen, welche das durch die Obligation geschützte Vertragsrecht sämmtlich als ein schwächeres Eigenthum auffassen. Auch die Erklärung moderner Rechtsinstitute wird durch ihn allein möglich, so die Erklärung der Grundschuld, der theilbaren Haftung u. s. w.

Endlich lassen sich die verschiedenen Arten von Obligationen nur dann scheiden, wenn man von dem richtigen Begriff derselben ausgeht. Die Kontraktsobligation verhaftet den Verpflichteten für dasjenige, was sein Gegner gehabt haben würde, wenn er erfüllt hätte. Die Klagen aus dem Quasikontrakt gehen auf dasjenige, was der Tradent oder Versprechende gehabt haben würde, wenn das Rechtsgeschäft nicht vorgenommen wäre. Das Delikt verpflichtet zur Leistung dessen, was der Benachtheiligte ohne das Delikt gehabt hätte.[27])

Ist nun aber die Obligation die Haftung der Person und ihres Vermögens für eine Leistung, so kann die actio in personam, welche die obligatio feststellt, auf nichts Anderes gehen, so daß ihr Gegensatz zur actio in rem immer schärfer hervortritt.

Da so actio in personam und actio in rem nur Schutzmittel

---

[27]) Wir haben bei Entwickelung des Begriffs der obligatio auf Brinz Bezug genommen. Hellmann hält diese Bezugnahme für unzutreffend. Er meint: „Brinz ist weit davon entfernt, die Obligationen für lediglich accessorische Rechte zu halten." Danach soll Brinz ein Haftrecht für ein nicht accessorisches Recht gehalten, d. h. eine Haftung angenommen haben ohne ein Recht, für welches gehaftet wird. Wir müssen es uns hier versagen, Brinz gegen den so gegen ihn erhobenen Vorwurf in Schutz zu nehmen, daß er unlogisch gedacht habe. Wir hatten den Begriff der Obligation bereits in gleicher Weise Gruchot Bd. 20 S. 83 ff. entwickelt, und waren erfreut, in Brinz eine Autorität zu finden, welche den Begriff ebenso aufgefaßt habe. Wenn jetzt die richtige Auffassung der Obligation lediglich auf unsre Rechnung gesetzt werden soll, so haben wir nichts dagegen.

Da übrigens vielfach nach Autoritäten gerechnet zu werden scheint, heben wir hervor, daß auch Schott (der obligatorische Vertrag unter Abwesenden §. 2 S. 45—46) den herrschenden Begriff der Obligation verwirft, weil die Handlung selbst nicht erzwingbar sei, weil es verpflichtete Personen giebt, die keinen Willen haben, weil die Handlung nicht von einem Dritten geleistet werden könne, weil der Uebergang der Schuld auf die Erben nicht erklärlich wäre, weil die eingetretene physische und rechtliche Handlungsunfähigkeit die Obligation nicht aufhebt.

Digitized by Google

der Rechte sind, ist hinsichtlich eines jeden Rechts sorgfältig zu erwägen, ob es nur durch eine Haftklage, oder auch durch eine Sachklage, oder nur durch eine Sachklage geschützt werden soll. Den Besitz deckten die Römer nur durch das interdictum uti possidetis, die Negatorienklage und ähnliche Rechtsmittel. Durch dieselben wurde das Recht, vorläufig oder definitiv zu behalten, festgestellt. Insofern wirken sie zweifellos in rem. Aber der dem Rechte entsprechende Zustand konnte doch nur durch Straf- und Entschädigungsobligationen aufrecht erhalten werden. Mit Rücksicht hierauf wird den Interdikten von den Basiliken nach Anleitung der klassischen Jurisprudenz eine doppelte Natur zugeschrieben.

B. LVIII. 14. 1 (l. 1 §. 3 D. 43. 1):

Τὰ νόμιμα παμαγγέλματα, κἂν ἐν πράγματι δοκῶσιν εἶναι, δυνάμει προσωπικά εἰσι.

Interdicta, licet in rem esse videantur, vi tamen personalia sint.[28])

Dabei kann man zugeben, daß die persönliche Natur der Interdikte zugleich auch darin gesucht ist, daß sie gegen die Successoren nicht gehen.

Die Forderungsrechte wurden von den Römern der Regel nach nur durch Haftklagen erzwungen. Der Berechtigte konnte durch die Leistung des Interesses abgefunden werden, so daß die Schwierigkeit effektiver Zwangsvollstreckung vermieden wurde.[29]) Auch den Rückforderungsberechtigten wurde in erster Linie eine Haftklage

[28]) Auch das interdictum unde vi ist in rem konzipirt, insofern der Besitz der Sache selbst dadurch abgelangt werden konnte. Th. IV. 15 §. 6: *δι οὗ ἀναγκασθήσεται ἀποκαστῆσαι μοι τὴν νομήν* .. per quod possessionem mihi restituere cogetur. Als persönliches Rechtsmittel läßt es sich insofern betrachten, als es zugleich auf Entschädigung geht, und andrerseits nicht gegen die Successoren wirkt. Auf diesen wechselnden Gebrauch des Wortes „persönlich" haben wir schon an anderer Stelle (Recht an der Sache) hingewiesen.

[29]) Selbstverständlich wurde die auf ein reines Thun gerichtete Stipulation auch nur durch eine Haftklage erzwungen.

B. XXIII. 1. 9 Not. 2.

δῆλον δέ, ὅτι ὁ φάκτον ἐπερωτήσας οὐ δύναται διὰ τοῦ κονδικτικίου αὐτὸ ἰδικῶς τὸ φάκτον ἀπαιτεῖν.

Manifestum autem est, eum, qui factum stipulatus est, non posse specialiter factum ipsum per condictionem petere.

Digitized by Google

gegeben. Jedoch wurde mit derselben zweifellos im Falle des Diebstahls, der vis, des metus eine Sachklage verbunden, wobei Römer und Griechen erwägen, ob dieselbe auch gegen die Successoren zustehen solle oder nicht.

Th. IV. 1. §. 19:

εἴτε ὁ κλέπτης αὐτὸ νέμεται, εἴτε ἕτερός τις.

sive fur eam possideat, sive alius quis. (Vergl. auch l. 9 §. 4. 6 D. quōd metus causa 4. 2, l. 14 §. 5 eōdem.)

Die Annahme einer Sachklage kann daher nicht von dem Umstande abhängig gemacht worden sein, ob eine Klage Folge hat oder nicht.[30]) Das Rückforderungsrecht aus dem Verlust mit Willen wurde dagegen grundsätzlich nur mit einer Haftklage geschützt. Dieselbe geht nicht auf die Sache selbst. Dieser Grundsatz wird nur in selteneren Ausnahmen durchbrochen.

Forderungs- und Rückforderungsrechte kann man daher persönliche Rechte, nicht persönliche Klagen, insofern nennen, als sie in erster Linie durch Haftklagen gedeckt werden, und die Sachklagen ausnahmsweise hinzugefügt werden.[31]) Das Wort „persönlich" kann man auch dazu verwenden, die Sachklage mit und ohne Folge zu unterscheiden. Durch alles dies wird der verschiedene Charakter der Sach- und Haftklagen nicht aufgehoben. Auch muß man sich hüten, den Begriff der Haftklage mit dem des Forderungs- und Rückforderungsrechts identisch zu setzen, wie dies die herrschende Theorie thut. Denn Forderungsrechte und Rückforderungsrechte können ebenso gut durch Haftklagen wie durch Sachklagen geschützt werden. Wenn sie dennoch von den Römern als actiones be-

[30]) In der Ausführung, daß man die Rechte durchaus nicht nach den verschiedenen Arten der Klagen bestimmen kann, treffen wir sogar mit den Bemerkungen eines Gelehrten zusammen, dem man gewiß nicht nachsagen kann, daß er der herrschenden Ansicht sonst feindlich gegenüberstehe. Mühlenbruch sagt Cession §. 2 S. 7 Not. 8: „Allein daß, wo die dingliche Klage fehlt, auch ein unmittelbares Gewaltverhältniß nicht existiren könne, ist ein Schluß, den ich nicht gelten lassen kann".

[31]) Die Sachklage kann natürlicher Weise auch selbstständig auftreten, so daß sie mit einer Haftklage nicht verbunden ist. Dies gilt sogar regelmäßig von der Vindikation, welche u. E. dann gegeben wird, wenn ein Erwerbsakt und ein Verlustakt wider Willen vorliegt.

Digitized by Google

zeichnet werden, so geschieht dies doch nur so, daß von dem verschiedenen Charakter der Klagen abgesehen wird.

Da nun Sach- und Haftklagen zum Schutze jedes Rechtes, auch des Rechts an der Sache dienen, sagt Theophilus in Uebereinstimmung mit Justinian durchaus korrekt, daß alle Klagen ohne Rücksicht auf den Gegenstand des geschützten Rechts danach eingetheilt werden, ob sie auf die Sache selbst, oder gegen die Person (auf ihre Verhaftung) gerichtet sind.

Th. VI. 6. § 1:

> *Τῶν δὲ ἀγωγῶν, ἃς κινοῦμεν κατά τινα . . . περί τινος πράγματος, ἡ ἄκρα διαίρεσις εἰς δύο γένη ταῦτα κατάγεται· τῶν γάρ ἀγωγῶν αἱ μέν εἰσιν* in rem, *αἱ δὲ περσοναλίαι.*
>
> Porro actionum, quas adversus aliquem movemus . . . de aliqua re, summa divisio in duo haec genera deducitur: namque actionum aliae in rem sunt, aliae in personam.

Freilich ist dies keine Eintheilung der Rechte oder der Sachklagen, sondern gerade eine Eintheilung der Klagen ohne Rücksicht auf den Gegenstand des geschützten Rechts. Da nun aber Theophilus und Justinian sagen, daß die Eintheilung der Klagen ohne Rücksicht auf das geschützte Recht getroffen werde, können sie die Eintheilung nicht nach dem Gegenstande des geschützten Rechts vornehmen. Es wäre dies ebenso logisch, als wenn man sagen wollte: Die Menschen werden ohne Rücksicht auf ihr Geschlecht eingetheilt in Männer und Frauen. Daher müssen wir dabei stehen bleiben, daß unsere Erklärung des Ausspruchs von Justinian (IV. 6 §. 1) eine richtige ist.[32])

---

[32]) Hellmann giebt unsere Ausführungen (Recht an der Sache S. 12, 36) dahin wieder: „Die divisio actionum soll die divisio aller Klagen bedeuten, durch welche über irgend eine Sache, d. h. über irgend ein Sachenrecht gestritten wird. Also schon Justinian unterscheidet Sachenrechte, die durch actio in rem, und solche, die durch actio in personam geschützt sind." In dieser Weise giebt er allerdings unseren Ausführungen eine Wendung, die sie als unrichtig erscheinen lassen würde. Wir haben aber überhaupt nicht behauptet, daß Justinian die Sachenrechte unterscheide, sondern das direkte Gegentheil, daß er eine Unterscheidung der Klagen ohne Rücksicht auf den Gegenstand des unterliegenden Rechts vornehme, und daß deshalb die Untscheidung nicht nach dem

Digitized by Google

§. 3. Die Natur der Kondiktion.

Die Griechen theilen die Kondiktionen in drei verschiedene Arten ein, die unter durchaus verschiedenen Regeln stehen, die condictiones aus dem Vertrage,[33]) aus der Tradition ohne Rechtsgrund, aus dem Verbrauche der fremden Sache im guten Glauben.

Zu der ersten Art gehört vor allen Dingen die condictio certi aus der Stipulation.

B. XXIII. 1 Not. 3, zur Titelüberschrift:

Ὁ φανερῶς ἐπερωτήσας οὐ τὴν ἐξ στιπουλάτου, ἀλλὰ τὴν φανερὰν ἔχει ἀπαίτησιν.

Qui certum stipulatur, non ex stipulatu actionem, sed certi condictionem habet.

In gleicher Weise wird die actio ex mutuo behandelt, da beim mutuum das Eigenthum übergeht, und der Darleiher eine Klage auf eine bestimmte Geldsumme hat, die nicht in seinem Eigenthum steht.

Die gedachten Kondiktionen werden als eigentliche Kondiktionen bezeichnet, die ihre Natur und Eigenthümlichkeit bewahren.

B. XXIII. 1. 4 Not. 4 (Stephanus):

καὶ εἰκότως ἀπὸ κέρτης ἐπορωτήσεως κατὰ φύσιν καὶ ἰδιότητα κινεῖται . .

Et merito ex certa stipulatione secundum naturam et proprietatem suam intenditur.

Die Eigenthümlichkeit der Vertragskonditionen besteht darin, daß sie gleichsam das Eigenthum abrufen und so dem Nichteigenthümer gegen den Eigenthümer gegeben werden:

Gegenstande des unterliegenden Rechts getroffen sein könne. Auch ist uns keineswegs entgangen, daß Justinian und Theophilus durch die Worte „de quacunque re" „*περὶ πράγματος*" jedes denkbare Recht bezeichnen wollen, also auch das Recht auf eine reine Handlung, wie sich dies aus S. 36 (Recht an der Sache) deutlich ergiebt. Die gedachten Ausdrücke werden von Justinian und Theophilus nur angewendet, weil die Klagen über Sachen immer in erster Linie auftreten. Nur diesem Beispiele sind wir gefolgt.

Die Kritik Hellmanns trifft daher unsere Ausführungen überhaupt nicht, sondern nur seine eigene Zuthaten.

[33]) Die Ausführungen über diese Kondiktion schließen sich an die l. 9 pr. D. de R. C. 12. 1 an.

Digitized by Google

φησὶ γὰρ αὐτῷ δεσποτείαν ἀναχαλεῖσθαι . . .
φυλάττει πάντως τοὺς ἰδίους ὅρους, καὶ δεσποτείαν ἀπειτεῖ . . .
dicitur enim ea dominium revocari . . .
servat omnino fines suos et dominium petit . . .

Eine Konkurrenz mit dem Eigenthum und der Sachklage ist selbstverständlich ausgeschlossen.

B. XXIII. 1. 9 Not. 1:

οὐδέποτε γὰρ ἀντὶ τῆς ἐν ῥέμ ὁ παρὼν κεῖται κονδικτίκιος κατὰ φύσιν ἤτοι κατὰ τὴν προσοῦσαν αὐτῇ ἰδιότητα . .
Nunquam enim pro actione in rem haec condictio intenditur secundum naturam seu proprietatem, quae ei inest.

Dem Kondiktionskläger der gedachten Art wird daher die Formel: „si paret dare oportere“ gegeben, was um so unbedenklicher ist, da es sich um Geld handelt.

B. XXIII. 1. 9 Not. 1:

τὰ δὲ ῥήματα τοῦ κονδικτικίου ἔχει, σὶ πάρετ δάρε ὀπορτέρε · δῆλον δὲ, ὅτι τὸ δάρε ἐστι τὸ δεσπότην ποιῆσαι . .
Verba autem condictionis haec sunt: si paret dare oportere. Certum autem est, dare esse dominum facere.

B. XIII. 1. 4 Not. 4 (Fortsetzung des bereits oben citirten Satzes):

καὶ δεσποτείαν ἀπαιτεῖ κεχρήμενος τῇ ἀκριβείᾳ[34]) *τοῦ σὶ πάρετ δάρε ὀπορτέρε · ὅπερ ἔστιν ἰδεῖν ἐπὶ κέρτης ἐπερωτήσεως . .*
et dominium petit et utitur subtilitate formulae, si paret dare oportere. Quod cognosci potest in stipulatione certi.

Die Formel des dare oportere und ein bestehendes Recht an der Sache, insbesondere ein bestehendes Eigenthum schließen sich absolut aus, denn es ist ein Widersinn, daß ein dem Berechtigten

---

[34]) Im eigentlich juristischen Sinne (*τῇ ἀκριβείᾳ*) bedeutet das Wort „dare“ die Eigenthumsverschaffung. In der Regel wird es gebraucht bei Geldobligationen. So auch Gajus IV. §. 34. Es ist nur zuzugeben, daß mitunter eine uneigentliche Verwendung des Wortes vorkommt.

Digitized by Google

zustehendes Eigenthum ihm erst verschafft werden sollte. Daher fährt die bereits citirte Stelle (B. XXIII. 1. 9 Not. 1) fort:

> πῶς γὰρ οἷόν τε ἐστίν, ἐπὶ πλέον αὐτὸν γενέσθαι δεσπότην;
>
> Quomodo enim fieri potest, ut qui jam dominus est, amplius dominus efficiatur?

Schon die Griechen gehen so von dem von uns vertheidigten Satze aus, daß nur die Formel des dare oportere, nicht die übrigen Formeln der persönlichen Klage mit einem bestehenden Eigenthume unverträglich seien.

Unter diesen Umständen erschien es den Griechen zweifelhaft, ob dem Käufer eine eigentliche Kondiktion zu geben sei. Denn der Käufer hat schon ein schwächeres Recht an der Sache und kann daher überhaupt nicht behaupten, daß ihm das Recht erst verschafft werden solle. In der Note 2 zu B. IX. 1. 9 wird daher eine Meinung des Theophilus vorgetragen, welcher der Ansicht ist, daß die Kondiktion im gegebenen Falle cessire:

> οὐ φησι κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον . . . ἐπειδὴ ὁ ἀγοραστὴς (οὐ) καλῶς λέγει, σι πάρετ δάρε· οὔτε γὰρ ἀνάγκη τὸν πράτην δεσπότην ποιεῖν τὸν ἀγοραστὴν, ἀλλὰ μόνον αὐτῷ τραδιτεύειν ἀναγκάζεται τὸ πεπραμένον . . .
>
> ait cessare condictionem . . . In actione autem ex emto emtor non recte dicit, si paret dare. Neque enim venditor necesse habet emtorem dominum facere, sed tantum rem venditam tradere compellitur.

Nun ist es freilich richtig, daß die späteren Griechen, wie die gedachte Stelle zeigt, dem Käufer auch die condictio certi zugebilligt haben, dies aber geschieht mit der Erwägung, daß er ein bestimmt fixirtes Interesse fordern könne. Es ist daher auch gegen diese Auffassung nichts zu erinnern, da es ausdrücklich abgelehnt ist, dem Käufer eine Klage auf die Sache selbst zu geben, und für die Geldforderung die Formel: „si paret dare oportere“ überall und stets paßt.

Digitized by Google

Der eigentlichen Kondiktion, welche insbesondere im Falle der stipulatio certi und im Falle des Darlehns begründet ist, stellen die Griechen die uneigentliche Kondiktion, zunächst die Kondiktion aus der Tradition ohne Rechtsgrund gegenüber.[35]) Sie sprechen von einer degenerirten Kondiktion und umfassen mit diesem Ausdrucke alle Kondiktionen, welche in den Pandekten, lib. XII 4. 5. 6. 7, lib. XIII 1. 2. 3 besonders behandelt werden. Als umfassenden Ausdruck gebrauchen sie bald die Bezeichnung „*τοῦ ἐξ ἰνιούστα καύσα καὶ τοῦ σίνε καύσα*“ wie Not. 3 zur Titelüberschrift von B. XXIII. Tit. 1, oder Not. 4 c. 4, bald meinen sie, daß der Name der condictio indebiti als eine Generalbezeichnung angewendet werden könne, wieNot. 1. zu B. XXIV. I. 1. (*εἰ μὲν τῷ γενικῷ τις ὀνόματι καλεῖν θελήσει, καλῶς ἂν ἐνδέβιτον εἴποι κονδικτίκιον*). Wir schließen uns diesem Sprachgebrauche in der Hauptsache an und sprechen im Verlaufe unserer Abhandlung von der condictio aus der Tradition ohne Rechtsgrund (condictio sine causa) als einer die gedachten Spezialkondiktionen zusammenfassenden Kondiktion. (Rückforderungskondiktion).

Der Charakter der gedachten Kondiktionen ist es, daß sie den Eigenthumsübergang nicht voraussetzen, daß sie dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer gegeben werden. Dieser Grundsatz wird von den Griechen einstimmig und ohne jeden Widerspruch vorgetragen, so daß kein Zweifel daran übrig bleibt, daß die von uns (Recht an der Sache) entwickelte Auffassung der Kondiktion der ersten Auslegung des römischen Rechts entspricht.

---

[35]) Der Gegensatz der Forderungskondiktion, welche dem Nichteigenthümer gegen den Eigenthümer gegeben wird und das Eigenthum abruft, und der Rückforderungskondiktion, welche dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer zusteht, und den juristischen Besitz oder auch nur den natürlichen Besitz abruft, findet sich schon in der l. 38 D. de usuris 22. 1. Die Forderungskondiktion, insbesondere die actio ex stipulatu soll zur Erlangung der Sache dienen, an welcher der Kläger ein Recht noch nicht hatte (ad id consequendum, quod meum non fuit). Die übrigen Kondiktionen setzen das bereits bestehende Recht voraus und streben die Rückgabe des juristischen Besitzes (§. 1—7) oder auch nur des natürlichen Besitzes (§. 10 actio depositi, commodati) an. Die Basiliken dürften dieselbe Auffassung über die gedachten Kondiktionen haben XXIII. 3. 38 Nr. 7. 8.

(*ζητῶν τὴν φυσικὴν κατοχήν*, naturalem possessionem revoco, *περὶ τὸ ἀναλαβεῖν τὸ οἰκεῖον πρᾶγμα*, in recipienda re sua).

Digitized by Google

B. XXIII. tit. I Not. 3 zur Titelüberſchrift:

εἰ καὶ ἐνίοτε καὶ πράγματα τῆς ἡμετέρας ὄντα δεσποτείας διὰ κονδικτικίου ἀπαιτοῦμεν, οἷον διὰ τοῦ φουρτίβου, καὶ τοῦ ἐξ ἰνιούστα καύσα καὶ τοῦ σίνε καύσα, καὶ αὐτοῦ τοῦ κέρτου ὑποδυομένου φύσιν ἑνὸς τούτων . . .

quamquam interdum res quoque, quae nostri dominii sunt, per condictionem petimus: puta per condictionem furtivam, et ex injusta causa, et sine causa, et cum certi condictio naturam unius ex his induit . .

Noch deutlicher und ausführlicher ſetzt Stephanus dieſen Grundſatz der griechiſchen Kondiktionenlehre B. XXIII. tit. 1. 4 Not. 4 auseinander, ſo daß es ſich empfiehlt, einen größeren Theil dieſer Darſtellung wiederzugeben.

Φύσις γὰρ τῷ ἐξ ἰνιούστα καύσα κονδικτικίῳ τὰ ὅπως δήποτε ἀδίκως κατεχόμενα ἀναλαλεῖσθαι, κἂν δεσπότης ᾖ ὁ κινῶν, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ έ. τιτ. τοῦ παρόντος βιβλίου φησι δι.ς', καὶ ὅτι μὲν τῷ ἐξ ἰνιούστα καύσα κονδικτικίῳ φύσις αὕτη, μαρτυρεῖ ὁ Παῦλος ἐν τῷ ις'. βιβ. τιτ.γ' διγ. ιγ. ἀπὸ γὰρ δόλου τοῦ δεποσιταρίου δίδωσι τῷ παραθεμένῳ τὸν κονδικτίκιον, καὶ ταῦτα δεσπότου ὄντος τῆς παραθήκης· ἰνιούσταν γὰρ λέγω καύσαν, οὐ τὴν ἄδικον μόνην, ἀλλὰ καὶ τὴν (μὴ) δικαίαν. κανονικῶς γὰρ ἐπὶ πάσης μὴ δικαίας κατοχῆς ἐξ ἰνιούστα, ἤτοι ὁ σίνε καύσα δίδοται κονδικτίκιος, ὡς καὶ ὁ Μαρκιανὸς ἐν τῷ κέ. τῶν διγ. βιβ. τιτ.β'. διγ. κέ. κανονίζων φησίν. ὥστε οὐδὲν θαυμαστὸν, εἰ γενικὸς ὢν ὁ προκείμενος κονδικτίκιος ὑποδύεται καὶ ἀναλαμβάνει τὴν φύσιν τοῦ ἐξ ἰνιούστα καύσα κονδικτικίου ἐπί τῶν παρόντων θεμάτων καὶ ἐπιδίδωσιν ἑαυτὸν τῷ κινοῦντι, κἂν δεσπότης ᾖ τῶν ἐνεχύρων, ἢ τῶν καρπῶν, ἢ τῶν ὑπὸ τοῦ ποταμοῦ μετενεχθέντων.

Ὥστε πρύσχες, ὅτι ὁ ἐξ ἰνιούστα καύσα καὶ ὁ σίνε καύσα κονδικτίκιος καὶ[36] *ἀπὸ δεσπότου κινοῦνται κατὰ τοῦ μὴ δεσ-*

[36] Das Wort „*καὶ*" erklärt ſich am beſten wohl dadurch, daß an die condictio furtiva gedacht iſt. Bei dieſer iſt es unzweifelhaft, daß ſie dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer gegeben wird. Der gleiche Grundſatz iſt aber auch für die condictio ex injusta causa und sine causa durchzuführen.

Digitized by Google

πότου· καὶ ζήτει βιβ.ιβ' τιτ. ε' διγ. ς. καὶ βιβ. ις'. τιτ. γ. διγ. ιγ'. καὶ βιβ. κέ. τιτ. β. διγ.ς'. θεμ· τελευτ. καὶ τὸν Παλαιὸν αὐτῶν καὶ ἰνστιτ. δ'. τιτ. ς'. καὶ ἐν τῷ β τιτ. αὐτοῦ, ἔνθα φησίν, ὅτι ὁ φούρτιβος κονδικτίκιος κινεῖται μόνος ἀπὸ δεσπότου κατὰ μὴ δεσπότου.

Nam haec est natura condictionis ex injusta causa, ut ea, quae quomodocunque injuste possidentur, revocat, licet dominus sit, qui agit, ut ait Ulpianus tit. 5 hujus libri dig. 6. Hanc autem naturam esse condictionis ex injusta causa, auctor etiam est Paulus lib. 16. tit. 3 dig. 13. Nam ex dolo depositarii condictionem dat depositori, licet rei depositae dominus sit. Injustam enim dico causam, non iujustam tantum, sed et non justam. Regulariter enim in omni non justa detentione ex injusta sive sine causa datur condictio, ut definit etiam Marcianus lib. 25 Dig. tit. 2 dig. 25. Itaque mirum non est, si, cum proposita condictio generalis sit, induat et recipiat naturam condictionis ex injusta causa in praesentibus casibus, seque agenti dedat, licet dominus sit pignorum, aut fructuum, aut eorum, quae vi fluminis translata sunt.

Itaque observa, condictionem ex injusta causa et sine causa intendi a domino adversus non dominum. Et quaere lib. 12 tit. 5 dig. 6 et lib. 16 tit. 3 dig. 13 et lib. 25 tit. 2 dig. 6 them. ult. et Antiquum eorum et Institutionum lib. 4 tit. 6 et tit. 2 ejusdem, ubi dicitur, condictionem furtivam intendi solam a domino adversus non dominum.[37])

Möglicher Weise ist aber auch an die Geldrückforderungskondiktion gedacht, bei der, wie wir unten ausführen werden, der Beklagte immer als Eigenthümer gedacht werden kann.

[37]) Die bereits oben citirte Stelle (B. XXIII. 1. 9. Not. 3) welche ausführt, daß die ihren Charakter bewahrende Kondiktion aus der stipulatio certi und aus dem mutuum niemals an Stelle einer Sachklage gegeben werde, lehrt daher von der uneigentlichen Kondiktion (condictio sine causa) das direkte Gegentheil:

ἀναδυόμενος δὲ δύναται κινηθῆναι, quam (naturam) si deposuerit, utique intendi potest.

Digitized by Google

Hiernach wird es als Natur der Kondiktion aus der Tradition ohne Rechtsgrund bezeichnet, daß sie dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer gegeben wird, daß sie von dem letzteren im Gegensatz zu den Vertragskondiktionen nicht das Eigenthum, sondern den Besitz abruft. Die heut herrschende Theorie behauptet das direkte Gegentheil,[38]) indem als erster Grundsatz gelehrt wird, daß die persönliche Klage den Eigenthumsübergang voraussetze. Auf diesem von den Griechen absolut verworfenen Grundsatze ist sogar das ganze Pandektensystem der neueren Schule und die reformatorische Gesetzgebung gegründet, so daß sie mit ihm stehen oder fallen.

Obgleich aber die Kondiktion aus der Tradition ohne Rechtsgrund den Eigenthumsübergang nicht voraussetzt, so daß der Empfänger einer bestimmten Sache Besitzer bleibt,[39]) wird dennoch

---

[38]) Hellmann behauptet sogar hinsichtlich unserer sich mit der griechischen Auffassung deckenden Ausführungen, daß die Rückforderungskondiktion den Eigenthumsübergang nicht voraussetze, und deshalb ein Eigenthumsübergang ohne Rechtsgrund nicht anzuerkennen sei: „Am unerhörtesten werden die Quellen in dem Abschnitte mißhandelt, wo als Lehre des römischen Rechts die Nothwendigkeit der objektiven Existenz einen causa traditionis für den Eigenthumsübergang durch Tradition vorgetragen wird." Wie fest die heutige Pandektentheorie von dem Kondiktionendogma, dem Satze, daß jede Kondiktion den Eigenthumsübergang voraussetzt, überzeugt ist, erhellt aus dem Umstande, daß alle unsere Ausführungen vom Standpunkte des römischen Rechts eigentlich nur deshalb abgelehnt werden, weil sie gegen dieses Dogma verstoßen. Endemann: „Man wird zugeben, daß solcher Argumentation gegenüber eine Verständigung unmöglich ist". Dertmann (Juriſt. Litter. Bl. 92 S. 112): „Die Quellen sagen deutlich, daß Niemand seine eigene Sache kondiziren könne".

[39]) Die griechischen Quellen bezeichnen den Beklagten der auf die Herausgabe einer bestimmten Sache gerichteten Rückforderungskondiktion überall, wie dies auch schon aus den hervorgehobenen Aussprüchen hervorgeht, als Besitzer. Gerade daraus, daß er Besitzer bleibt, ist es abzuleiten, daß er sich durch seine Verfügungen unter Umständen haftbar macht. Der Besitzer eines ohne Rechtsgrund übergebenen Sklaven haftet auf den Preis, wenn er denselben in Kenntniß seines Nichtrechts manumittirt. (l. 65 §. 8 D. de cond. indeb. 12. 6). Die herrschende Theorie müßte behaupten, daß auch ein Eigenthümer durch seine Verfügungen über die ihm gehörige Sache sich verantwortlich macht. Ferner muß selbst der gutgläubige Besitzer den erhaltenen Kaufpreis oder die Früchte restituiren (§ 5 § 6 D. eodem). Wie sollte er als Eigenthümer dazu verpflichtet sein? Seine Lage ist ja noch schlechter als die des gutgläubigen Besitzers bei der Vindikation.

Digitized by Google

dem kondizirenden Eigenthümer keine Klage auf Herausgabe der Sache selbst gegeben, sondern nur eine Haftklage. Der Besitzer kann ihn durch eine Geldschätzung in der Regel abfinden.

B. XXIV. 8. 7 (l. 1 §. 1 D. 13. 3):

> *Ἴδιον δὲ πρᾶγμα οὐδεὶς ἀπαιτεῖ δι' αὐτοῦ, εἰ μὴ ἄρα ἐκκλάπῃ ἢ ἁρπάγῃ.*
>
> Rem autem suam nemo per eam petit, nisi subrepta sit, vel vi ablata.

Die Verfasser der Basiliken können dies Gesetz nicht im Sinne der herrschenden Doktrin aufgefaßt haben. Denn nur hinsichtlich der Kondiktion aus dem Vertrage erkannten sie an, daß sie dem Nichteigenthümer gegen den Eigenthümer zustehe. Hinsichtlich der condictio sine causa bestand dieser Grundsatz nicht. Mit Bezug auf sie muß daher das Gesetz in unserem Sinne aufgefaßt werden, daß der kondizirende Eigenthümer nicht die Sache, sondern nur die Geldaestimation fordern könne. Fast zum Ueberfluß wird diese Auffassung durch B. XXIV. 8. 9 bestätigt:

> *Ἐπὶ τοῦ τριτικαρίου ἡ καταδίκη γίνεται, εἰ μὲν ὑφέστηκε τὸ πρᾶγμα πρὸς τὸν καιρὸν τῆς καταδίκης· εἰ δὲ μὴ ὑφέστηκε, πρὸς τὸν καιρὸν τοῦ θανάτου.*
>
> In triticaria condemnatio, si quidem res extet, secundum tempus condemnationis fit, si vero non extet, secundum tempus mortis.

Hiernach geht, selbst wenn die Sache existirt, die Klage auf die Schätzung.

Es fehlt auch sonst nicht an Schriftstellern, welche die l. 1 §. 1 D. de cond. trit. 13. 3 ihrem Wortlaut gemäß ebenso wie wir

---

Endlich fällt die Verpflichtung des gutgläubigen Besitzers zur Restitution beim Untergange der Sache fort. Wäre er Eigenthümer, so müßte er, wie beim Darlehnsgeschäft, die Gefahr tragen.

Auch dann, wenn der Empfänger nur annehmen muß, daß das bedingt übertragene Eigenthum fortfallen kann, haftet er betreffenden Falls wegen seiner Veräußerungen (l. 39 D. de mort. caus. don. 39. 6 l. 19, l. 37 §. 1 eodem). Witte, Bereicherungsklagen S. 158 bemerkt zu diesen Gesetzen: „Selbst wenn die actio noch nicht nata ist, weiß er, daß unter Umständen eine Rückforderung stattfinden kann, daß ihm der Gegenstand zunächst gleichsam nur anvertraut, nicht aber definitiv übertragen ist." Darin dürfte ein indirektes Geständniß liegen, daß unsere Auffassung der natürlichen Anschauung entspricht.

Digitized by Google

verſtanden haben. So heißt es: Westenbergii de causa oblig. diss. VII. cap. 5 §. 2:

> condictio triticaria, quae describitur, quod sit actio personalis, qua quis, praeter pecuniam, res alias ex quacunque debitas, sibi dari oportere intendit, ita tamen ut judici res illas pro ratione loci et temporis aestimare et Reum in aestimationem condemnare licet l. 1 seq. f. f. de cond. trit.
>
> §. 14: quia rei aestimandae causa haec actio introducta est.

Von dem Grundſatze, daß der kondizirende Eigenthümer nicht die Sache, ſondern nur die Aeſtimation fordern könne, findet eine regelmäßige Ausnahme im Falle des Diebſtahls und Raubes ſtatt. Die Griechen ſagen daher, wie wir bereits ausgeführt haben, daß der Beſtohlene und Beraubte die Sache ſelbſt (*αὐτὸ τὸ πρᾶγμα*) zurückfordere. (Vergl. auch l. 8 pr. D. de cond. furt. 13. 1.) Inſoweit aber die Ausnahme häufiger auf die gedachten Fälle beſchränkt wird, iſt ſie trügeriſch und verleitet leicht zu falſchen Schlüſſen, wie dies durch die heute herrſchende Theorie beſtätigt wird.

B. XXIII. 1. 4 Not. 5.

> *Εἰ καὶ εἴρηται . . μὴ κινεῖσθαι ἀπὸ δεσπότου κονδικτίκιον πλὴν τοῦ φουρτίβου, ὅμως πολλαχοῦ παραβαίνεται.*
>
> Licet dicatur . . condictionem a domino moveri nullam, nisi furtivam, tamen in multis fallit.

Die Ausnahmen reichen über die angeführten Beiſpiele weit hinaus, wie dies ſchon aus der l. 1 §. 1 D. de cond. trit. 13. 3 hervorgeht, indem die Beiſpiele durch das Wort „veluti“ eingeführt werden.

Wenn man daher auch dem gedachten Geſetze die faſt unmögliche Deutung geben wollte, daß der Kläger mit der Kondiktion ſeine Sache erſt dann zurückfordern könne, wenn er ſein Eigenthum, das Recht an ihr, verloren hat,[40]) ſo wäre doch dadurch nichts

[40]) Nach der natürlichen Auffaſſung iſt zu ſagen: „Wir können eine Sache nur zurückfordern, wenn ſie uns gehört.“ Die Pandektentheorie kehrt auf dem Gebiete der Kondiktionenlehre den Satz um und lehrt: „Wir können eine Sache nur dann zurückfordern, wenn ſie uns nicht gehört.“

Digitized by Google

bewiesen. Denn die so gefaßte Regel müßte man nach Anleitung der Griechen auf die Vertragskondiktion (z. B. die Darlehnsklage) beschränken, und die condictio sine causa würde unter den Ausnahmen stehen.

Aber auch nach unserer Auffassung des Gesetzes, nach welcher dem Kondiktionskläger nur die auf die Sache selbst gerichtete Klage abgesprochen wird, erleidet es die mannigfachsten Ausnahmen, wie dies auch aus den griechischen Quellen erhellt. Vielfach wird darüber gestritten, ob nicht in dem einzelnen Falle die Kondiktion auf die Sache selbst zu geben sei. Veranlassung hierzu bot insbesondere die l. 4 §. 1. 2 D. de R. C. 12. 1, in welcher dem Eigenthümer der Pfandsache nach Zahlung der Schuld und dem Eigenthümer abgerissenen Landes die Kondiktion zugesprochen wird. Einige Interpreten meinten, daß auch in diesen Fällen nur eine regelmäßige Haftklage auf das Interesse zu erheben sei.

B. XXIII. 1. 4 Not. 4:

> *Τινὲς μὲν εἰπεῖν ἐπεχείρησαν, ὅτι τὸν κονδικτίκιον ἐνταῦθα κινεῖ ὁ ὑποθέμενος, οὐκ ἐπ' αὐτῷ τῷ ἐνεχυρασθέντι πράγματι, ἀλλὰ ἐπὶ τῇ διατιμήσει αὐτοῦ.*
>
> Quidam tentarunt dicere, eum, qui pignori dedit, hoc loco experiri non propter rem pignori datam, sed propter ejus aestimationem.

Jedoch kann man wohl der entgegengesetzten Meinung des Stephanus beitreten.[41]) Wenigstens hätte die Beschränkung des Eigenthümers der Pfandsache auf die Aestimation derselben keinen Sinn, da er mit der Vindikation doch die Sache selbst zu fordern

---

[41]) Auch Theophilus thut dies. III. 14 §. 4:

> *ἀγωγῇ δὲ τῇ πιγνορατιτίᾳ, δι' ἧς μετὰ καταβολὴν τοῦ χρέους αὐτὸ τὸ πρᾶγμα ἀποκαθιστᾶν μοι ἀναγκάζῃ.*
>
> ac teneberis actione pignoraticia, per quam post solutionem ipsam rem restituere mihi cogeris.

Ebenso giebt Gajus (l. 1 §. 3. 5. 6. de O. et A. 44. 7) dem Kommodanten, dem Deponenten, dem Schuldner die persönliche Klage auf Herausgabe der Sache selbst. (qui et ipse de ea ipsa re, quam accepit, restituenda tenetur). Diese scharf hervorgehobenen Ausnahmen machen es immer gewisser, daß die Regel der l. 1 §. 1 D. de cond. trit. 13. 3 nur in unserem Sinne aufgefaßt werden kann.

Digitized by Google

vermag. Es liegt einer der unzweifelhaftesten Fälle vor, in denen Sache und Haftklage konkurriren. Freilich ist dies nicht der einzige. Vielmehr ist, wie wir schon an anderer Stelle nachgewiesen haben, die Konkurrenz von Sach- und Haftklage eine ganz gewöhnliche Erscheinung im römischen Recht,[42]) so daß die Scheidung der Rechte nach den Arten der Klagen eine einfache Unmöglichkeit ist.

Der kondizirende Eigenthümer einer Sache — von der Geldkondiktion sehen wir vorläufig ab — kann selbstverständlich nicht behaupten, daß ihm an der Sache Eigenthum verschafft werden solle. Es wäre dies absurd, da er bereits Eigenthümer ist. Die Formel des reinen dare oportere steht ihm daher nicht zu.[43]) Die Griechen[44]) wenden sie in korrekter Weise grundsätzlich nur dann an, wenn es sich um eine eigentliche Vertragskondiktion handelt.

B. XXIII. 1. 4 Not 4:

> ἔνθα οὖν κατὰ τὴν ἰδίαν φύσιν καὶ ἰδιότητα κινεῖται, καὶ οὐχ ὑποδύεται τὴν κδῦσα δάτα κονδικτίκιον, καὶ φουρτίβον. φυλάττει πάντως τοὺς ἰδίους ὅρους, καὶ δεσποτείαν ἀπαιτεῖ κεχρημένος τῇ ακριβείᾳ τοῦ σὶ πάρετ δάρε ὀπορτέρε.
>
> Ubi igitur secundum naturam suam et proprietatem intenditur, et non assumit condictionem causa data, vel

---

[42]) Wir heben von den an anderer Stelle gegebenen Beispielen der Anschaulichkeit wegen folgende hervor. Derjenige, welcher mortis causa eine Sache geschenkt hat, hat in dem Falle, daß er die Gefahr oder den Beschenknehmer überlebt, eine condictio auf das Interesse. Er hat aber auch eine actio in rem. l. 29 D. de mortis causa donationibus 39. 6. (adhuc quis dabit in rem donatori). Daher sagt die l. 37 §. 1 D. eodem mit Beziehung auf den Beschenkten: alioquin et ipsum servum restituere compellitur. Die l. 1 C. de donat. sub modo 8. 45 verbindet ohne jedes Bedenken Sach- und Haftklage.

[43]) Der Beklagte ist zur Restitution verpflichtet. Das Wort „restituere" bedeutet aber nicht Eigenthumsverschaffung, sondern Besitzverschaffung. l 22 D. de V. S. 50. 16 (restituere est, etiam possessorem facere) B. II. 2. 20 (*τὴν νομὴν παραδοῦναι*).

[44]) Diese richtige Meinung der Griechen findet sich auch bei Cujacius, indem er die condictio certi und incerti unterscheidet und noch nicht alle Kondiktionen durcheinander wirft. Rec. sol. ad l. 9 D. de R. C. 12. 1:

> Quae (regula: rem suam nemo condicit) vera est in condictione certi: nam in condictione incerti rem suam (si improprie loqui licet), id est rei suae possessionem condicere quilibet potest.

Digitized by Google

condictionem furtivam, servat omnino fines suos, et dominum petit et utitur subtilitate formulae, si paret dare oportere.[45])

Hiernach kann wohl nicht bezweifelt werden, daß nach Anſicht der Griechen Derjenige, welcher die ohne Rechtsgrund übergebene Sache zurückforderte, die Intention: si paret dare oportere nicht gebrauchen konnte. Er mußte ein facere,[46]) ſpeziell das restituere verlangen, zugleich aber dem Beklagten die datio von Geld anheimſtellen, da er ſich der Regel nach durch die Zahlung einer Geldſumme abfinden laſſen mußte. Schon hiernach iſt zu vermuthen, daß die Intention Desjenigen, der eine ohne Rechtsgrund übergebene Sache kondizirte, auf ein Geben oder Thun gegangen ſein muß.[47])

[45]) Vergl. auch B. XXIII. 1. 1 Not. 2:

ἴσθι δὲ, ὅτι ὁ παρὼν κέρτου γενικὸς κονδικτίκιος κατὰ φυσικὴν ἰδιότητα δεσποτείαν ἀναλαμβάνει καὶ ἐμφυτευτικῶς ἔχει τὸ δάρε· ἁρμόττει δὲ κυρίως καὶ κατὰ φύσιν ἐπὶ κέρτης ἐπερωτήσεως.

Scias autem, hanc certi condictionem secundum naturalem proprietatem dominium revocare, et secundum naturam suam dationem continere. Competit autem proprie et secundum naturam suam, si certa sit stipulatio.

[46]) Das Wort „facere" umfaßt auch den Begriff des restituere oder reddere. B. II. 2. 169, l. 175 D. de V. S.: *Τῷ ῥήματι τοῦ ποιῆσαι καὶ ἡ τοῦ ἀποδοῦναι αἰτία περιέχεται.* Faciendi verbo etiam reddendi causa continetur.

[47]) Daß nur die Formel des dare oportere mit einem beſtehenden Eigenthume unverträglich iſt, ergiebt ſich auch aus der Stipulationslehre. Der Eigenthümer kann nicht ſtipuliren, daß ihm ſeine Sache gegeben, d. h. Eigenthum an ihr verſchafft werde. Th. III. 19 §. 2:

ἢ ἐὰν τὸ πρᾶγμα τὸ ἐμὸν ἐπερωτήσω σε, λέγων, Ὁμολογεῖς διδόναι μοι τόδε τὸ πρᾶγμα; dare *γάρ ἐστι τὸ ποιήσασθαι δεσπότην· ἐπὶ πλέον δὲ τοῦ ἐμοῦ γενέσθαι δεσπότης οὐ δύναμαι.*

Vel si rem meam a te stipuler, dicens: Promittisne dare mihi hanc rem? Dare enim est dominum facere: sed rei meae amplius dominus fieri nequeo.

Daher lehrt auch Ulpian (l 29 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 82 D. eodem) zwar allgemein, daß die Stipulation der eigenen Sache ungültig ſei, zieht aber daraus nur den Schluß, daß ſich der Eigenthümer nicht die Eigenthumsverſchaffung (das dare) ausbedingen könne. Dagegen kann der Eigenthümer in den ſonſtigen Formeln der Hafklage gültig ſtipuliren (quod ex causa condictionis dare facere oportet, sane rem meam mihi restitui recte stipulari videor).

Digitized by Google

Wahrscheinlich war in der klassischen Zeit diese Eigenthümlichkeit der Formel noch schärfer ausgeprägt. Gajus IV. §. 5 berichtet uns wenigstens, daß zu seiner Zeit die Klagen mit der intentio: „dare fierive oportere“ speziell Kondiktionen genannt worden seien. Dem entspricht auch Dasjenige, was er über die Formel der Klage des Deponenten mittheilt. Da der Deponent in der Regel Eigenthümer ist, kann er die Formel des reinen „dare oportere“ nicht gebrauchen. Die ihm zustehende Formel ist daher dahin gefaßt: quidquid . . . dare facere oportet. (Gajus IV. §. 47.) Es ist daher ferner zu vermuthen, daß diejenigen Kondiktionen, welche die Griechen als degenerirte bezeichnen, früher im eigentlichsten Sinne Kondiktionen genannt worden sind, und daß die Vertragskondiktionen mit der Formel des reinen dare oportere nach den Berichten von Gajus IV. §. 18, 19, 20 erst durch spätere Gesetze eingeführt sind. Diese Auffassung wird dadurch bestätigt, daß Theophilus in Uebereinstimmung mit Gajus lehrt (IV. §. 6 15):

> *σήμερον δὲ καταχρηστικῶς λέγεται κονδικτίος ἡ ἀγωγὴ, ἣν ὁ ἄκτωρ κινῶν λέγει, Εἰ φαίνεται, τόνδε χρῆναι δοῦναι.*
> hodie autem abusive condictio dicitur illa actio, quam actor instituens dicit, Si adparet, illum dare oportere.

Auf Grund dieses Quellenmaterials ließe sich sogar die Ausführung rechtfertigen, daß das frühere römische Recht nur die in den Pandekten enthaltenen Spezialkondiktionen der Eigenthümer als eigentliche Kondiktionen aufgefaßt habe, daß die Ausdehnung auf die Vertragskondiktionen eine mißbräuchliche gewesen sei, und daß die späteren Griechen das Verhältniß der Kondiktionen nur deshalb umgekehrt haben, weil in dem Pandektentitel de rebus creditis zunächst die Vertragskondiktionen, insbesondere die Darlehnsklage,

---

Unter diesen Umständen könnte es selbst bedenklich erscheinen, ob es dem Verkäufer möglich ist, das dare der verkauften Sache zu versprechen. Jedoch ist die Frage zu bejahen. Denn wenngleich der Käufer ein durch die Obligation geschütztes Recht auf Herausgabe der Sache hat, ist er doch noch nicht Eigenthümer. Es kann sich ferner um eine fremde Sache handeln, deren Eigenthumsverschaffung der Verkäufer versprochen hat. l. 187 §. 4 de V. O. 45. 1 (Ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit). l. 75 §. 10 eodem, l. 28 eodem, l. 25 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1.

Digitized by Google

welcher die Formel des dare oportere eigenthümlich ist, vorgetragen werden, und demnächst erst die Rückforderungskondiktionen der Eigenthümer folgen.

Jedoch müssen wir anheimstellen, über die stets zweifelhaft bleibende Entwickelung des römischen Rechts eine beliebige andere Ansicht aufzustellen. Das Resultat, auf welches es allein ankommt, ist: die griechischen und römischen Juristen sind dahin einverstanden gewesen, daß Derjenige, welcher eine Sache wegen des Mangels des Rechtsgrundes zurückfordert, die reine Formel des dare oportere nicht gebrauchen konnte, weil er Eigenthümer blieb.

Von dieser Regel läßt sich nach den griechischen Quellen nur die eine Ausnahme feststellen, der Fall des Diebstahls und Raubes. Theophilus unterstellt (IV. §. 14) alle Rückforderungskondiktionen der Regel, die condictio furtiva aber nimmt er aus und ihre Eigenthümlichkeit findet er darin, daß sie gegen die Regel die Intention des dare oportere zulasse:

> ἢ παρὰ κανόνα διὰ τοῦ φουρτίβου κονδικτίου, λέγοντες. Εἰ φαίνεται, τόνδε χρῆσται δοῦναι.
>
> aut praeter regulam per condictionem furtivam, dicentes; Si adparet, illum dare oportere.

Auch der Grund dieser Ausnahme scheint uns aus der l. 8 pr. D. de cond. furtiva 13. 1 zu erhellen. Die bloße Pflicht zur Restitution würde mit dem zufälligen Untergange der Sache fortfallen, wie dies bei den sonstigen Kondiktionen auch geschieht. Der Dieb aber soll weiter haften und daher wird er regelmäßig für die Eigenthumsverschaffung auch nach dem Untergange der Sache verantwortlich gemacht.[48])

---

[48]) Vergl. auch B. LX. 10. 10 Not. 3:

> σημείωσαι ἐκ τούτου, ὅτι ἐνέχεται ὁ κλέπτης, κἂν φθαρῇ ὃ ἔκλεψεν, ἢ τυχηρῶς, ἢ ἐξ αἰτίας αὐτοῦ.
>
> Ex hoc nota, furem teneri, etiamsi res ab eo subrepta interierit casu vel suo vitio.

Gajus II. §. 79: quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt. l. 20 D. 13. 1, l. 46 pr. D. 47. 2, l. 16 D. 13. 1, l. 3, l. 7 §. 2, l. 8 eodem, l. 2 C. 4. 8, l. 9 C. 6. 2. Dagegen wird die Kondiktion sonst durch kasuellen Untergang aufgehoben. l. 32 pr. D. 12. 6, l. 65 §. 8 D. eodem.

Digitized by Google

Diese lediglich aus dem Hasse gegen die Diebe aufgestellte Ausnahme dürfte aber unsere Annahme erheblich verstärken, daß die Rückforderungskondizenten einer Sache die Formel des reinen dare oportere nicht gehabt haben und Eigenthümer geblieben sind.

Trotzdem die Griechen den Empfänger einer Sache ohne Rechtsgrund nicht als Eigenthümer angesehen haben, ist es ihnen gleichwohl niemals bedenklich erschienen, gutgläubige dritte Erwerber zu schützen. Wenn auch anzunehmen ist, daß der schlechtgläubige Erwerber der allgemeinen Klage aus dem Dolus untersteht,[49]) ist doch sonst eine Klage gegen den Abkäufer des Empfängers nicht gegeben.

B. XX. 3. 6:

Ἐὰν .. ἐπώλησε δὲ τὸ παρ' ἐμοῦ δοθὲν αὐτῷ πρᾶγμα, κατὰ μεν τοῦ ἀγοραστοῦ οὐδεμίαν ἔχω ἀγωγήν.

Si rem sibi a me datam vendiderit, contra emtorem nullam habeo actionem.

Es wird gelehrt, daß die Veräußerung des der Kondiktion haftenden Empfängers nicht verhindert sei.

B. XXIV. 1. 31:

τῷ μὲν νόμῳ ἐκποίησις οὐ κεκώλυται.

alienatio quidem jure prohibita non est.

Mit Rücksicht auf den Fall der causa data causa non secuta rechtfertigt freilich der griechische Interpret diesen Satz mit der Erwägung, daß der Veräußerer im Momente der Veräußerung Eigenthümer gewesen sei. Dies ist auch zutreffend, weil bei der Zwecktradition das Eigenthum übergeht und erst zusammen mit der causa wieder fortfällt. Jedoch galt die Regel, daß die Kondiktion nicht gegen dritte Erwerber gehe, und daß die Veräußerungen des Kondiktionsbeklagten aufrecht zu erhalten seien, allgemein.[50]) Die

---

Die Kondiktion, welche nach dem Untergange der Sache verstattet wird, ist selbstverständlich die condictio certi mit der Formel des dare oportere. 7 l. 1§. 2 D. 25. 2.

[49]) Auch das Reichsgericht (Bd. 21 S. 243 Nr. 45) giebt die actio doli gegen den bösgläubigen Dritten. Hierdurch erledigt sich die Frage von Dertmann (Jurist. Lit.-Blatt 92 S. 112), mit welcher Klage der bösgläubige dritte Erwerber hafte.

[50]) l. 65 §. 8 D. 12. 6, l. 39. 16 D. 39. 6. Dieser Gesichtspunkt ist auch maßgebend für die Beurtheilung der Schenkungen. Die Veräußerungen, welche

Digitized by Google

Griechen können sie also aus dem Eigenthume des Kondiktionsbeklagten im Allgemeinen nicht begründet haben, weil sie ein Eigenthum des Kondiktionsbeklagten nicht annahmen. Auch bedarf es der willkürlichen Unterstellung, daß die unberechtigten Besitzer Eigenthümer seien, um ihre Verfügungen aufrecht zu erhalten, überhaupt nicht. Der Kondiktionsbeklagte besitzt mit dem Willen des Eigenthümers, der tradirt hat, er verfügt daher gemäß dieses Willens.[51]) Nicht bloß

vorgenommen sind, bevor durch Widerruf wegen Undanks die causa fortgefallen ist, werden sämmtlich aufrecht erhalten.

Die Regel, daß die Veräußerungen des mit dem Willen des Eigenthümers Besitzenden rechtsgültig sind, wird auch dann nicht beseitigt, wenn dem Tradenten ausnahmsweise eine actio in rem gestattet wird. Nach B. XLVII. 3. 29 hat Derjenige, welcher eine Sache mortis causa geschenkt hatte, im Falle seiner Wiedergenesung neben der condictio eine vindicatio auf die Sache selbst.

> *εἰ δὲ προαποθάνῃ, ἁρμόζει τῷ δωρησαμένῳ ἡ τὰ ἴδια ἐκδικοῦσα ἀγωγή* (Not. 1 *ἡ ἐν ῥέμ*). Sin autem prior decesserit, donatori rei vindicatio competit.

Kondiktion und Vindikation der Sache werden aber zugleich abgeschnitten, sobald der Beschenkte weiter veräußert hat. Es wird nur noch eine Klage auf den Preis gegeben (c. 9 l. c.). Hieraus wird klar, daß es sich um die Veräußerungen eines Nichteigenthümers bezw. eines nur unter einer Resolutivbedingung berechtigten Eigenthümers handelt.

[51]) Daß die Römer bei Beurtheilung der Veräußerungen der Nichteigenthümer auf den formal erklärten Willen des Eigenthümers Gewicht gelegt haben, ergiebt sich aus folgenden analog anzuwendenden Stellen. J. II. 1 §. 42 (Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius). l. 14 D. de publ. act. 6. 2 (si non auctor meus ex voluntate tua vendidit). l. 6 C. de furt. 6. 2 (sine voluntate domini). l. 4 §. 12 D. de doli exc. 44. 4 (volente me).

Das gemeinrechtliche Konsensprinzip läßt sich hiernach insofern anerkennen, als es die Veräußerungen der Nichteigenthümer durch den formal erklärten Willen der Eigenthümer aufrecht erhält, nicht aber insofern, als es die Nichteigenthümer zu Eigenthümern macht.

Das deutsche Recht ist noch über das gemeinrechtliche Konsensprinzip hinausgegangen, indem es die Verfügungen der Stellvertreter im Mobiliarbesitz und der im Grundbuche als Eigenthümer Eingetragenen schützt. Auch auf dem Gebiete des Grundbuchrechts läßt sich in gewisser Beziehung von einem Konsensprinzip sprechen. Zwar ist es richtig, daß die Gültigkeit der Veräußerungen lediglich auf die formale Eintragung und den guten Glauben gestützt werden muß, aber die Gesetzgebung hat dafür zu sorgen, daß Niemand gegen den Willen des Eigenthümers eingetragen wird. Derartige Bestimmungen enthalten aber allein Instruktionsvorschriften und berühren nicht das materielle Recht.

Digitized by Google

die Verfügungen des Eigenthümers selbst werden aufrecht erhalten, sondern auch die Verfügungen, die mit seinem Willen geschehen sind. Daher erklären die Griechen ausdrücklich nur die Verfügungen Derjenigen für ungültig, welche die fremde Sache gegen den Willen des Eigenthümers gebrauchen oder besitzen.

B. XXIV. 1. 15 Not. 2:

> *Ὁ γὰρ παρὰ γνώμην δεσπότου κεχρήμενος τοῖς ἀλλοτρίοις κλοπὴν ἁμαρτάνει . . .*
>
> Nam qui contra voluntatem domini rebus alienis utitur, furtum admittit.

Schol. zu cap. 167. B. III:

> *Ὁ γὰρ διδούς τινι, ὅπερ ἦ βιαίως ἀκίνητον ἢ κινητὸν κλοπιμαῖον, οὐ ποιεῖ τὸν λαμβάνοντα δεσπότην· κακῶς γὰρ νέμετον ἦν καὶ οὐδὲν ὠφελεῖ τὸν ἐξ αὐτοῦ λαμβάνοντα· ἡ γὰρ αἰσχρότης ἐκείνου τὸν ἐξ αὐτοῦ ἔχοντα βλάπτει.*
>
> Nam qui rem alicui dedit immobilem vi possessam aut mobilem furtivam, accipientem dominum non facit: vitiose enim possidebatur et nihil prodest ei, qui ab eo accepit, nam turpitudo ejus nocet ei, qui ab eo possidet.

Insbesondere in der letzten Stelle wird nur in Bezug auf die Veräußerungen der diebischen und räuberischen Besitzer gesagt, daß sie unkräftig seien, und der Grund ausdrücklich in der turpitudo des Diebes und Räubers gefunden. Ein naheliegendes Argument a contrario führt dahin, daß schon die Griechen und Römer die Verfügungen Desjenigen, der ohne Rechtsgrund empfangen hatte, um deshalb aufrecht erhalten haben, weil er mit dem Willen des Eigenthümers besaß, und in seinem Erwerbsakte wenigstens keine turpitudo lag.[52]) Die Entwickelung des römischen Rechts kann man

[52]) In der gemeinrechtlichen Literatur ist es eigentlich anerkannt, daß es kein sich ausdrücklich dahin aussprechendes Gesetz giebt, daß die Empfänger einer Sache ohne Rechtsgrund Eigenthümer seien, und daß die Gültigkeit ihrer Veräußerungen aus ihrem Eigenthume gerechtfertigt werden müsse. Jedoch wird dahin geschlossen: die Veräußerungen des Kondiktionsbeklagten werden aufrecht erhalten, also muß er Eigenthümer sein. Aber dieser Schluß hat eine Lücke. Denn auch die Verfügungen der Nichteigenthümer sind unter Umständen im Interesse des Verkehrs zu schützen. Die Römer beschränkten diesen Schutz auf den Fall, daß der Besitzer mit dem formal erklärten Willen des Eigen-

Digitized by Google

sich in doppelter Weise denken. Entweder man nimmt an, daß die römischen Juristen sofort von der Idee ausgegangen sind, daß der immerhin mit dem Willen des Eigenthümers besitzende unberechtigte Besitzer sofort Eigenthum auf den dritten gutgläubigen Erwerber übertragen habe. Oder man stellt die vielleicht richtigere Vermuthung auf, daß zunächst nur die condictio, nicht die actio doli gegen dritte Erwerber verweigert sei, daß so der gutgläubige Dritte zunächst nur das Recht zu behalten erlangt habe, daß aber demnächst diesem Rechte auch die Klage hinzugefügt, und daß es so zum vollen Eigenthum erhoben sei. Wir stellen hier anheim, welche Konstruktion man wählen will, indem wir uns die Vertheidigung der über die publicianische Klage aufgestellten Hypothese vorbehalten, bis sie in umfassenderer und eingehender Weise angegriffen sein wird.

Nach allem, was wir bisher vorgetragen haben, lassen sich wohl folgende, nach den griechischen Quellen zweifellose Regeln hinsichtlich der die Spezialkondiktion umfassenden condictio sine causa feststellen:

a) der Kondizent bleibt Eigenthümer und klagt als solcher gegen den Nichteigenthümer,[53])
b) der Kondizent kann in der Regel die Sache selbst nicht, sondern nur ihre Aestimation fordern. Diese Regel ist durch weitreichende Ausnahmen durchbrochen,
c) der Kondizent kann die Formel „des dare oportere" nicht gebrauchen. Abgesehen von der Geldkondiktion findet nur eine Ausnahme beim Diebstahl und Raube statt,
d) die Verfügungen des Kondiktionsbeklagten sind anzuerkennen, weil sie auf den formal erklärten Willen des Eigenthümers, Eigenthum zu übertragen, zurückzuführen sind.

---

thümers, Eigenthum zu übertragen, besaß, und begründeten so das in dieser Weise anzuerkennende Konsensprinzip. Wir haben diesen Schutz ausgedehnt, schützen in umfassender Weise Diejenigen, welche von formal Legitimirten im guten Glauben erwerben, und haben so die dem Verkehre durch das Konsensprinzip angelegten Fesseln längst gesprengt.

[53]) Die für die Forderungskondiktion, insbesondere die Darlehnsklage (die eigentliche Kondiktion der Griechen) geltende Regel ist die umgekehrte. Sie ist nur begründet, wenn der Kläger noch nicht Eigenthum erlangt, oder dasselbe durch eine kausale Tradition verloren hat.

Digitized by Google

Dieſe Regeln werden bei den einzelnen Spezialkondiktionen von den Griechen wiederholt. Hinſichtlich der eigentlichen condictio ex injusta causa wird (B. XXIV. 2. 6. Not. 1) gelehrt, daß Ulpian zur Beſeitigung möglichen Zweifels in der l. 6 D. de condictione ob turpem causam 12. 5 eine Regel der alten Juriſten vortrage, um zu zeigen, daß die Kondiktion ebenfalls dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer zuſtehe:

> *ἐπάγει τὸν Σαβίνου ἤτοι τῶν παλαιῶν κανόνα ὁ Οὐλπιανός, δεικνύς, ὅτι καὶ ἐφ' ὧν δεσποτεία τῶν δεδομένων οὐ μετηνέχθη, κινεῖται ὀβ τούρπεμ ἢ ὁ ἐξ ἰνιούστα καύσα κονδικτίκιος.*
> subjicit Ulpianus Sabini vel potius veterum regulam, ostendens etiam in quibus dominium datorum non translatum est, condictione ab turpem vel injustam causam agi.[54])

Als Prinzip der condictio indebiti wird es bezeichnet, daß ſie die dem Beklagten fremde Sache abfordere.

B. XXIV. 6. 66.:

> *Ἀπὸ δικαιοσύνης εἰσαχθεῖσα ἡ ἀπαιτικὴ ἀγωγὴ ἀνακαλεῖται καὶ τὸ χωρὶς αἰτίας ὂν παρά τινι ἀλλότριον.*
> Condictio ex aequitate introducta revocat et quod alienum sine causa apud aliquem est.

Nach der Faſſung des griechiſchen Textes kann es keinem Zweifel unterzogen werden, daß die Griechen unſere Auffaſſung der l. 66 D. de cond. indebiti 12. 6 theilen. Durch dieſelbe wird die Sache zurückgefordert, welche dem Kläger gehört, während ſie ſich

[54]) Vergl. auch l. 17 D. de praesc. verb. 19. 5 (Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio est). B. XX. 4. 17 (*εἰ δὲ ἀπρεπὴς ἦν ἡ αἰτία, μόνον τὸν ἴδιον ἀναλαμβάνει δακτύλιον*). l. 25 D. de act. rer. amot. 25. 2. (nam jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident). l. 6 D. de donat. 24. 1 (quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri intelligitur; ex quibus causis condictio nasci solet). B. XXX. 1. 6:

> *ὁ γὰρ ἐξ ἀχύρου δωρεᾶς τι κατέχων, ἢ ἄνευ αἰτίας, ἢ μὴ ἐκ δικαίας αἰτίας κατέχει.*

Es erſcheint doch mehr als bedenklich, diejenigen Perſonen, von denen Griechen und Römer ausdrücklich ſagen, daß ſie unberechtigt eine Sache zurückbehalten oder inne haben und daß ſie deshalb der Kondiktion haften, als Eigenthümer zu bezeichnen.

Digitized by Google

als fremde bei dem Beklagten befindet. Ohne jedes Bedenken wird daher die condictio indebiti dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer gegeben, so z. B. auch Demjenigen, der die bei ihm deponirte eigene Sache aus Irrthum über sein Eigenthum zurückgegeben hat.

B. XIII. 2. 31:

ἀλλ' εἰ κατ' ἄγνοιαν ὁ δεσπότης ἀποδῷ ὡς παραθήκην, ἔχει ὡς ἀχρεώστητον.

Sed etsi per ignorantiam dominus tanquam depositum restituerit, velut indebitum habet.[55])

Aber wenngleich der Eigenthümer mit der condictio indebiti seine Sache zurückfordert, kann er dennoch nicht die Herausgabe der Sache selbst verlangen, vielmehr muß er sich in der Regel durch die Geldästimation abfinden lassen.

B. XXIV. 6. 7 Not. 1:

Ὥστε οὐ πάντως ἀνάγκη τὸ αὐτὸ δίδοσθαι τῷ τὸ ὐνδέβιτον καταβάλλοντι.

Ut necesse omnino non sit, idem reddi ei, qui indebitum solvit.

---

[55]) Fast noch unzweifelhafter erhellt es aus l. 31 §. 1 D. depos. vel contra 16. 3, daß die condictio indebiti dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer zusteht: sed et si etiam nunc ab ignorante domino tradita sit, quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competit.

Daher wird auch Derjenige, welcher eine Sache, die ihm nicht legirt ist, wissend als Legat in Empfang nimmt, als possessor pro possessore angesehen, so daß die Erben des Gebers die hereditatis petitio gegen ihn anstellen können. B. 42. 1. 13 Not. 2:

ἐάν τις καταβάλῃ λεγάτον τινι, ᾧ μηδὲν κατελέλειπτο, ὃ δὲ εἰδὼς μηδὲν αὐτῷ καταλελεῖφθαι δέξηται τὸ λεγάτον, οὗτος οὐ νέμεται πρὸ λεγάτο, ἀλλὰ πρὸ ποσσέσωρε· καὶ εἰ τελευτήσει ὁ τὸ ληγάτον καταβαλών, ἐναχθήσεται παρὰ τῶν αὐτοῦ κληρονόμων ὁ ἐν εἰδήσει τὸ ὐνδέβιτον λεγάτον λαβών.

Si quis legatum alicui solverit, cui nihil relictum erat, ille vero sciens sibi nihil relictum, legatum acceperit, pro legato non possidet, sed pro possessore. Et si qui legatum solvit, decesserit, qui sciens legatum indebitum accepit, ab heredibus ejus convenietur.

Nach der herrschenden Theorie jedoch müßte die kausalose Tradition den Empfänger zum Eigenthümer machen.

Digitized by Google

Bei der Hingabe zu einem bestimmten Zwecke hat die Annahme, daß das Eigenthum zunächst übergeht, kein Bedenken. Da es aber zugleich mit der causa fortfällt, wird dem Tradenten eine Kondiktion gegeben, mit welcher er die eigene Sache zurückfordert.

B. XX. 3. 1:

εἰ δὲ βούλεται ἀναλαβεῖν ὃ δέδωκεν, τὸν ἀπαιτοῦντα τὸ ἴδιον λόγον κινεῖ.

Si vero rem, quam dedit, recipere malit, condictione experitur, qua rem suam repetit.[56]) [57])

Unter diesen Umständen ist es nicht auffällig, daß die Griechen auch denjenigen, der eine Sache in Folge erheblicher Drohung tradirt hatte, als Eigenthümer angesehen haben.

B. XXIII. 3. 38 Not. 8.:

Ἐπὶ τῆς μέτους καύσα κἂν μόραν ὁ ἄκτωρ ποιήσῃ περὶ τὸν ἀναλαβεῖν τὸ οἰκεῖον πρᾶγμα.

In actione quod metus causa, quamvis actor moram fecerit in recipienda re sua.

Der Umstand, daß die actio quod metus causa eine Personalklage ist, welche nach der heutigen Theorie zur Annahme des Eigenthumsüberganges nöthigen würde, hat sie in dieser Ansicht nicht irre gemacht. Ja auch sie kumuliren Sach- und Haftklage, ohne sich an das heutige Pandektensystem zu kehren. B. X. 2. c. 9 und c. 14.

[56]) Ebenso klagt der Eigenthümer mit der actio locati auf Rückgabe der eigenen Sache. Gajus III. §. 205 (cum judicio locati . . suum persequi possit . . . quia ab eo dominus suum consequi non potest). Th. IV. 1 §. 15 (*κινεῖν τὴν* locati *καὶ τὸ οἰκεῖον ἀπαιτεῖν πρᾶγμα*) l. 22 D. L. C. 19. 2. Die Behauptung, daß der Eigenthümer keine Personalklage auf Rückgabe seiner Sache haben könne, erweist sich überall als hinfällig.

[57]) Bei der Zwecktradition kann auch eine Aestimation derartig bestimmt werden, daß beim Fortfall der causa nur die Aestimation, nicht die Sache zurückzugeben ist. Dies geschah fast regelmäßig, wenn ein des Diebstahls bezichtigter Sklave zur Tortur übergeben wurde (l. 13 D. de quaes. 48. 18). Es sollte verhindert werden, daß der Tradent durch die Tortur des Sklaven einen Nachtheil erleide. In diesem Falle, aber auch nur in diesem, geht das Eigenthum unbedingt über, und der Tradent hat die condictio auf das dare oportere (Sed Proculus dare oportere ita ait, si fecisses ejus hominem). Im Uebrigen wird beim Ausfall der causa der Tradent als Eigenthümer und der Empfänger als Besitzer angesehen. l. 15 D. 12. 4, l. 8 D. 19. 5.

Digitized by Google

Tradition und Versprechen, welche auf metus beruhen, betrachten sie als nichtig. B. X. 2. 1:

Τὸ κατὰ φόβον γενόμενον οὐκ ἔρρωται.

Quod metus causa gestum est, non valet.

Nach der Ansicht der Griechen sind daher die durch Bedrohung, Betrug, Irrthum veranlaßten, überhaupt die ohne Rechtsgrund vorgenommenen Traditionen und Versprechen insofern als nichtig zu bezeichnen, als der Tradent und der Versprechende durch sie nicht gebunden wird, und sie ihm ein Recht nicht entziehen. Freilich kann er sie auch bestehen lassen. Dagegen ist nichts zu erinnern, daß diese Art der Nichtigkeit unter dem Worte „Anfechtbarkeit" besonders hervorgehoben wird. Als nichtig im engeren Sinne faßt man dann nur die Geschäfte auf, welche nicht einmal formal den Willen zum Ausdrucke bringen, ein Rechtsverhältniß zu lösen oder zu begründen, und daher selbstverständlich für keinen Theil Bedeutung haben. Als anfechtbar sind dann die Geschäfte anzusehen, welche, obgleich sie den Willen formal zum Ausdrucke bringen, dennoch wegen eines besonderen Umstandes entweder für beide Theile oder einen der Kontrahenten nicht bindend sind. Unsere Opposition richtet sich überhaupt nicht gegen die Verwendung des Wortes, sondern gegen die unklare Auffassung des anfechtbaren Geschäfts, nach welcher es den Tradenten oder Versprechenden zugleich bindet und zugleich nicht bindet, ihm ein Recht entzieht und in Wahrheit doch nicht entzieht, so daß eine Klage zur Brechung der Rechte aufgestellt werden muß.[58])

Schließlich haben wir noch einen besonderen Fall der Rückforderungskondiktion hervorzuheben, den, daß der Tradent beab-

[58]) Der im Texte dargestellten Rechtsanschauung sind wir in dem Werke „das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund" gefolgt, indem wir die Traditionen und Versprechen ohne Rechtsgrund als nichtig bezeichnet haben. Endemann (Zeitschr. für H.-R. Bd. 41) stellt nun diese Aussprüche zusammen, ohne die nothwendige Erklärung zu geben. Dadurch kann der Anschein erweckt werden, als wenn wir die Unterscheidungen im Begriffe der Nichtigkeit verkannt hätten, obgleich wir uns (Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund S. 228 folg.) gegen ein solches Mißverständniß bereits verwahrt haben. Nur wenn man den beschränkten Nichtigkeitsbegriff der herrschenden Doktrin zu Grunde legt, kann es begreiflich gefunden werden, daß Endemann seine Zusammenstellung für eine vernichtende Kritik hält.

Digitized by Google

sichtigt, ein Rechtsverhältniß zu begründen, und dieses Rechtsverhältniß wegen irgend eines Hindernisses nicht zu Stande kommt. Der Tradent will z. B. Darlehnsgeber werden, durch irgend einen Umstand wird aber bewirkt, daß er diesen Zweck nicht erreicht. Die Griechen stellen die sich bei dieser Sachlage ergebende Kondiktion unter die Kondiktionen aus dem Verbrauche.

B. XXIII. 1. 11 ult. Stephani:

ἀλλὰ ἡ καλὴ δαπάνη τοῦτο δηλοῖ, ἵνα ὁ δανειζόμενος νομίζῃ τὸν δανείζοντα καλῶς δύνασθαι δανάζειν, καὶ συνιστᾷν δάνειον.

sed bene depensum hac significat, ut qui accepit, existimet, dantem recte posse mutuum dare et mutuum contrahere.

Trotzdem ziehen sie nicht die Konsequenz, daß die gedachte Kondiktion erst aus dem Verbrauche zusteht. Wir hielten es daher für richtiger, sie der Generalkondiktion aus der Tradition ohne Rechtsgrund anzureihen. Ein materieller Unterschied findet nicht statt, da bei der condictio aus dem Verbrauche der Besitzer noch unzweifelhafter nicht als Eigenthümer anzusehen ist.

Wir heben die beiden wichtigsten Fälle hervor: Ich weise meinen Schuldner an, einem Dritten zu zahlen, damit dieser mein Darlehnsschuldner werde. Der Dritte glaubt, daß ihm das Darlehn von einer anderen Person gewährt werde. Der Darlehnskontrakt kommt daher wegen wesentlichen Irrthums nicht zu Stande. Der von mir angewiesene Schuldner hat aber beabsichtigt, einmal, sich von seiner Schuld mir gegenüber zu befreien, zweitens, in meinem Auftrage dem Dritten ein Darlehn zu geben. Seiner Tradition unterstehen zwei Rechtsgründe, ein wirklicher und ein irrthümlich angenommener. Der Erfolg ist, daß wegen des wirklichen Rechtsgrundes das Eigenthum auf mich übergeht, bei mir aber auch haften bleibt, weil der zweite Rechtsgrund, das Darlehn, versagt. Mir, dem Eigenthümer, wird daher die condictio gegeben, weil der Dritte zu Unrecht Geld in Empfang genommen hat, welches mir gehört.

B. XXXIII. 1. 32:

ἐνέχῃ δέ μοι εἰς τὸ δοῦναί μοι, ἅπερ ἐκ τῶν ἐμῶν ἔλαβες.

teneris tamen mihi reddere, quod ex re mea accepisti.

Digitized by Google

In der Not. 4 wird diese Kondiktion als eine ex bono et aequo hervorgehende bezeichnet, die aber schon aus der Tradition vor der Konsumtion gegeben werde:

> *Τῷ ἀπὸ καλοῦ καὶ δικαίου κονδικτικίῳ, κἂν μὴ ἐδαπανήσας τὰ νομίσματα, ἀλλ' ἔτι ἔχεις· καὶ ὥρα κἀνταῦθα τὸν ἀπὸ καλοῦ καὶ δικαίου κονδικτίκιον. ἀνάγνωθι καὶ τὴν νέαν παραγραφὴν τὴν ἐν τῷ κγ'. κεφαλαίῳ.*
>
> Condictione ex bono et aequo licet nummos non consumeris, sed adhuc eos habeas. Et hoc loco etiam observa condictionem ex bono et aequo. Lege et novam adnotationem ad cap. 23.

Wie aber die angezogene Stelle zeigt, setzt diese Kondiktion aus der Aequität gerade voraus, daß der Empfänger oder Besitzer ein Nichteigenthümer ist, der die Sache zu Unrecht in Besitz nimmt oder verbraucht. In dem angezogenen Gesetze selbst ist bestimmt, daß Derjenige, welcher als vermeintlicher Legatar einen Sklaven in Besitz genommen und verkauft hat, dem wirklichen Legatar auf den Kaufpreis hafte, weil er eine fremde Sache in Empfang genommen und verkauft habe:

> *ὡς εὐπορήσαντος ἀπὸ τοῦ πράγματός μου . .*
>
> quasi ex re mea locupletior factus sis.[59])

In den Anmerkungen wird der Empfänger des Sklaven als Besitzer (*νεμηθείς*) bezeichnet, der wegen des bloßen Putativtitels nicht einmal usukapiren kann, und schließlich wird ausdrücklich ausgesprochen, daß er um deshalb der Kondiktion hafte, weil er die fremde Sache verkauft habe:

> *οὔτε γὰρ δίκαιόν ἐστιν, ἕτερον ἐκ τῶν ἀλλοτρίων κερδαίνειν.*
>
> Aequum enim non est, alium ex rebus alienis lucrum facere.

Dieselben Erwägungen werden aber von den Griechen im Falle des cap. 32 angestellt. Der Empfänger des Geldes haftet mir mit der Kondiktion, weil er mir gehöriges Geld in Besitz genommen hat. Nur der einzige Unterschied findet statt, daß hier die

[59]) Wahrscheinlich hat man dem cap. 23 B. XXIII. 1 (l. 23 D. 12. 1) den Fall zu unterstellen, daß der Erbe die dem Einen legirte Sache irrthümlich einem Anderen tradirt hat. So wenigstens der griechische Interpret: *καὶ ὁ κληρονόμος γὰρ ὡς ἀπὸ ληγάτου ἐτραδίτευσε* (heres enim velut ex causa legati mihi tradidit).

Digitized by Google

Kondiktion sofort nach der Tradition zusteht und nicht vorläufig durch die Vindikation ausgeschlossen wird.

Eine gleiche Entscheidung wie das cap. 32 bringt das cap. 18 l. c. Wenn der Tradent zu schenken beabsichtigt, der Empfänger aber ein Darlehnsgeschäft eingehen will, so kommt kein Geschäft zu Stande, und das Eigenthum geht nicht über.

> *Ἐὰν ἐγὼ μὲν ὡς δωρούμενος δώσω, σὺ δὲ δέξῃ ὡς δανειζόμενος, οὐδέτερον ἔρρωται, καὶ οὐ γίνεται σὰ τὰ νομίσματα . .*
>
> Si ego quasi donaturus pecuniam dedero, tu vero quasi mutuam accipias, neutrum valet, nec nummi tui fiunt.

Wenngleich daher der Empfänger der Kondiktion[60]) haftet, soll

---

[60]) Daß es sich nur um eine Kondiktion handeln kann, ist eigentlich selbstverständlich. Denn der Tradent hat den Willen gehabt, Eigenthum zu übertragen, und die Vindikation wird nur gegeben, wenn dieser Wille fehlt. Auch bestätigen die Griechen an anderer Stelle unter Bezugnahme auf l. 18 D. de R. C. 18. 1, daß an eine Kondiktion gedacht ist. B. XXIII. 1. 14 Not. 5:

> *εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ ἐκεῖσέ φησιν ὁ Οὐλπιανός, τὸν ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος τίκτεσθαι κονδικτίκιον, καὶ ταῦτα τοῦ ἀπαριθμηθέντος μὴ σκοπὸν ἐσχηκότος ἕνοχον καταστήσασθαι τὸν λαμβάνοντα· ὡρουμένου γὰρ διαθέσει τὴν ἀπαρίθμησιν ἐποιήσατο· ὅμως ὁ λαβὼν ὡς ἐπὶ δανείῳ ἔλαβε· πρὸς τούτοις δὲ καὶ ἐκβάλλεσθαι διὰ τῆς τοῦ δούλου παραγραφῆς εἶπε τὸν οὕτω τεχθέντα κονδικτίκιον . . .*
>
> Licet enim ibi dicat Ulpianus, condictionem de bene depensis nasci, quamvis is, qui numeravit, propositum non habuerit accipientem obligandi: nam donandi animo numerationem fecerat: tamen qui acceperat, pecuniam quasi mutuam acceperat. Ad haec condictionem ita natam ait elidi per doli exceptionem.

Zugleich ergiebt diese Stelle, daß die Kondiktion sofort aus der kausalosen, das Eigenthum nicht übertragenden Tradition gegeben wird. Denn aus der zunächst geschilderten Tradition soll sie entstehen (*τὸν οὕτω τεχθέντα κονδικτίκιον*). Der Umstand, daß die Kondiktion als eine condictio de bene depensis bezeichnet wird, steht nicht entgegen. Denn auch die condictio aus der l 32 D. de R. C. wird dieser Kategorie untergeordnet, und dennoch wird sie, wie aus den bereits angeführten Anmerkungen der Griechen hervorgeht, sofort nach der Tradition verstattet. Allerdings würden wir es unter diesen Umständen für richtiger halten, in beiden Fällen (l. 18 und l. 32 D. de R. C.) von einer condictio sine causa zu sprechen, da sie sofort aus der Tradition, nicht erst nach dem Verbrauche zusteht. Jedoch bleibt nach der etwas abweichenden Ansicht der Griechen die Thatsache noch sicherer bestehen, daß der Empfänger als Nichteigenthümer gedacht ist.

Digitized by Google

ihm doch gegen die Klage die Einrede zustehen, daß er das Geld mit dem Willen des Tradenten verbraucht habe.

> *εἰ δὲ δαπανηθῶσιν, ἔχεις δόλου παραγραφὴν ἐναγόμενος, ὡς κατὰ γώμήν μου δαπανήσας.*
>
> Quodsi consumti sint, conventus doli exceptionem habes, quia voluntate mea consumsisti.

In den Anmerkungen zu dem Gesetze wird nicht daran gezweifelt, daß der Empfänger ohne Rechtsgrund ein Nichteigenthümer sei, daß der Tradent in Folge dessen Eigenthümer bleibe und als solcher die condictio habe. Ein solcher Zweifel wäre im Munde der Griechen unverständlich, weil die Rückforderungskondiktion niemals den Eigenthumsübergang in Folge der Tradition voraussetzt. Die von ihnen behandelte Kontroverse bezieht sich nur darauf, ob dem Empfänger erst nach der Konsumtion (l. 18 D. de R. Cr.), oder schon sofort nach dem Empfang (l. 36 de A. R. D.) die exceptio doli zuzusprechen sei.

Alles, was wir bis jetzt über die Natur der Sach- und Haftklage und der Kondiktion vorgetragen haben, faßt Theophilus in seiner Paraphrase zu der berühmten Institutionenstelle (IV. 6 §. 14) zusammen, welche trotzdem zur Grundlage des von uns bekämpften Pandektensystems geworden ist. Die Stelle ist so wichtig, daß wir sie im Zusammenhange wiederholen müssen:

> *Εἰρήκαμεν, ὅτι τῶν ἀγωγῶν αἱ μέν εἰσιν* in rem, *αἱ δὲ περσονάλιαι· τούτων τοίνυν διακεχριμένων καὶ πολὺ διϊσταμένων ἀλλήλων, ἐκεῖνο πρόδηλόν ἐστι, τὸ μὴ δύνασθαι τὸν ἐνάγοντα τὸ ὑπ' αὐτοῦ δεσποζόμενον πρᾶγμα διὰ περσοναλίας ἀγωγῆς ἀπαιτεῖν καὶ λέγειν. Εἰ φαίνεται τὸν ἀντίδικον τόδε τὸ πρᾶγμα χρῆναί μοι δοῦναι· οὐδὲ γὰρ τὸ ὑπάρχον ὑπὸ τὴν δεσποτείαν τινὸς, τοῦτο αὐτῷ δίδοσθαι δύναται (δοῦναι γάρ ἐστι τὸ ποιῆσαι δεσπότην· ἐπιπλήξον δὲ ὁ ἄκτωρ, δεσπότης τοῦ οἰκείου γενέσθαι οὐ δύναται.) ὑπέξελέ μοι τὸν φουρτίβον κονδικτίκιον, ὃν δυνάμεθα κινεῖν κατὰ τοῦ κλέπτου, προφάσει αὐτοῦ τοῦ πράγματος τοῦ κλαπέντος· μίσει γὰρ τῶν κλεπτῶν, διὰ τὸ πολλαῖς αὐτοὺς κατέχεσθαι ἀγωγαῖς, παραβαίνομεν ἐνταῦθα τούς κανόνας· διὰ γὰρ μὲν τῆς* furti *διαπλάσιον ἢ τὸ τετραπλάσιον λαμβάνομεν, αὐτὸ δὲ τὸ ὑφαιρεθὲν ἀπαιτοῦ-*

Digitized by Google

μεν, ἢ πατὰ κανόνα διὰ τῆς in rem, *ἢ παρὰ κανόνα δια τοῦ φουρτίβου κονδικτικίου, λέγοντες. Εἰ φαίνεται, τόνδε χρῆναι δοῦναι.*

Diximus, actionum alias esse in rem, alias personales: his itaque discretis multumque inter se distantibus, illud manifestum est, non posse actorem rem, cujus dominus sit, per actionem personalem petere ac dicere, Si adparet adversarium hanc mihi rem dare oportere: neque enim, quod sub alicujus dominio est, hoc ei dari potest: (nam dare est dominum facere; actor autem rei suae amplius dominus fieri haud potest): excipe mihi condictionem furtivam, quam adversus furem instituere possumus, ipsius rei surreptae nomine: namque odio furum, ut multis teneantur actionibus, negligimus hic regulas: per furti enim actionem duplum vel quadruplum consequimur, ipsam autem rem subreptam repetimus, aut secundum regulam per actionem in rem, aut praeter regulam per condictionem furtivam, dicentes; Si adparet, illum dare oportere.

Zunächst erklärt es also Theophilus für zweifellos, daß kein Eigenthümer die von ihm beherrschte Sache mit einer persönlichen Klage abfordern könne. Zu diesem Zweck dient die Hastklage nicht, vielmehr die Sachklage. Soweit dem Eigenthümer die letztere nicht gegeben ist, muß er sich mit einer Abfindung begnügen. Griechen und Römer haben so schon den Eigenthumsschutz in durchaus praktischer Weise beschränkt.

Auch die Formel: „si paret dare oportere“ kann der Eigenthümer zu dem gedachten Zweck und überhaupt nicht gebrauchen, wenngleich die Formel bei Geldforderungen zur Beitreibung der geschuldeten Geldsumme verwendet wird. Es ist ein Widersinn, daß derjenige zum Eigenthümer gemacht werden soll, der es bereits ist. Der mit einer persönlichen Klage vorgehende Eigenthümer hat daher nicht die Formel: si paret dare, sondern die Formel: si paret dare facere zu gebrauchen.[61])

[61]) Es ist auch darauf hinzuweisen, daß von Gajus die Intention: „si paret dare oportere“ und die Intention: „quidquid dare facere oportet“ überall scharf geschieden werden. IV. §§. 4, 5, 18, 34, 41, 45, 47, 54 ꝛc. Daß er die

Diese Regeln werden angewendet auf alle Kondiktionen, insbesondere auf die Rückforderungskondiktionen, denn Theophilus nimmt nur die Diebstahlskondiktionen aus (*ὑπέξελέ μοι τὸν φουρτίβον κονδικτίτιον*). Hierauf folgen nun die scharfen Gegensätze. Die gewöhnliche Rückforderungskondiktion ist nicht verwendbar, um die Sache selbst abzulangen, der Bestohlene fordert mit der Diebstahlskondiktion die Sache selbst (*αὐτὸ τὸ ὑφαιρεθὲν*). Die gewöhnliche Rückforderungskondiktion ist mit der Formel: si paret dare oportere unverträglich, denn der Rückforderungsberechtigte ist Eigenthümer, nur dem Bestohlenen steht auch diese Formel zu, er kann intendiren: *εἰ φαίνεται, τόνδε χρῆναι δοῦναι*, damit die Verhaftung des Diebes in der bereits oben geschilderten Weise verstärkt werde.

Hiernach ist auch die Meinung des Theophilus die: Nur die condictio ad dandum ist mit dem bestehenden Eigenthum unverträglich, der kondizirende Eigenthümer mit Ausnahme des Bestohlenen kann sie gerade deshalb nicht gebrauchen, weil er Eigenthümer bleibt, er hat die condictio ad restituendum, welche ein Bestehen des Eigenthums sogar voraussetzt.

Merkwürdiger Weise theilen diese Meinung der Griechen auch die Mehrzahl der Glossatoren. Auch sie gehen von der Anschauung aus, daß nur die Personalklage „ad dandum" mit dem bestehenden Eigenthume unverträglich sei.

Glossa Sic itaque zu J. IV. 6 §. 14:

> Actor pro re sua non potest intentare actionem personalem ad dandum contra aliquos.

Daß Gajus in den von ihm gebrauchten Worten alle Personalklagen habe umfassen wollen, war nur die Ansicht Einzelner.

Glossa Sic itaque II. ad l. c.:

> Sed quidam dicunt, ut P. quod haec verba: si apparet eum dare oportere, sunt nomina cujusdam actionis.

Diese Ansicht wird schließlich in der Glossa in rem actio direkt verworfen:

Formel: „si paret dare oportere" im §. 4. IV nicht in ihrem eigentlichen Sinne aufgefaßt hat, ist fast unglaublich, zumal er durch das Wort „ita" scharf hervor hebt, daß er nur die von ihm erwähnte Formel im Auge habe.

Digitized by Google

quod prima est verior: nam per eam non agit dominus ad dandum, nisi contra furem et malae fidei possessorem, sed ad restituendum vel forte ad possessionem agi debet.

Ja auch hinsichtlich der Spezialkondiktionen behaupten die Glossatoren, daß sie von dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer angestellt werde, so insbesondere hinsichtlich der condictio sine causa (ut f. f. de condictione sine causa per totum). In vollster Uebereinstimmung mit den Griechen führen sie aus, daß diese Kondiktion nicht das Eigenthum, sondern den Besitz abrufe. Selbst mit Bezug auf die condictio indebiti findet sich ein ähnlicher Ausspruch.

In der l. 3 D. pro suo 41. 10 ist ausgeführt, daß die Tradition auf Grund eines Putativtitels dem Empfänger zwar nicht das Eigenthum, wohl aber die Usukapionsmöglichkeit gewähre. Die Glosse bemerkt: Sed condictione indebiti teneor ratione possessionis. Hiermit erklärt sie, wie die Griechen, daß die condictio indebiti dem Eigenthümer gegeben werde, um nicht das Eigenthum, wohl aber den Besitz abzurufen.[62])

Die Ansicht, daß das Eigenthum mit jeder persönlichen Klage unverträglich sei, und die Kondiktion überhaupt das Nichteigenthum des Klägers voraussetze, wurde nur von wenigen Glossatoren getheilt. Sie kommt zum Ausdrucke in einer Deklaration, welche vermuthlich ein einzelner Glossator zu der citirten Glosse Sic itaque gegeben hat:

Sic declaro, quia condictio non competit, nisi quando dominium est translatum.

---

[62]) Die Meinung der Griechen ist auch von Cujacius nach dem Recht an der Sache S. 125 angeführten Citaten getheilt worden. Der Glosse haben wir früher scheinbar eine ungerechte Beurtheilung angedeihen lassen, indem wir sie als eine starre Vertreterin des uns entgegenstehenden Prinzips bezeichnet haben. Dies ist sie nicht. Wir haben daher bereits (Recht an der Sache S. 124 ff., das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund S. 159) darauf hingewiesen, daß auch unsere Auffassung in der Glosse eine Stütze finde. In der That steht die Mehrzahl der Glossatoren auf dem Standpunkt der griechischen Quellen. Es wird sogar theilweise der Wortlaut derselben wiederholt. Es ist nur richtig, daß in der Glosse auch die heute herrschende Meinung ausgeführt ist. Wir haben sie deshalb als die Hauptvertreterin der herrschenden Meinung bekämpft, um unsere Polemik, soweit als möglich, nicht gegen Persönlichkeiten der Gegenwart zu richten.

Digitized by Google

Wahrscheinlich hat diese Auffassung dem Akkursius vorgeschwebt, als er in seiner berühmten Glosse zur l. 31 D. de A. R. D. 41. 1, die Behauptung aufstellte, daß der Ausspruch des Paulus, nach seinem Wortlaute aufgefaßt, mit der Theorie der condictio indebiti in Widerspruch stehe, und daß man daher den Eigenthumsübergang auch auf Grund eines Putativtitels anzunehmen habe.[63]) Hält man die Auffassung der Griechen und selbst die der Mehrzahl der Glossatoren für richtig, so hat sich Akkursius geirrt. Denn die Rückforderungskondiktionen, darunter auch die condictio indebiti, setzen den Eigenthumsübergang in Folge der kausalosen Tradition nicht voraus.

Ueberhaupt würde die Uebertragung des von Gajus IV. §. 4 aufgestellten Satzes und seiner Begründung auf alle Obligationen und Kondiktionen, insbesondere auf die Rückforderungskondiktion zu widersinnigen Resultaten führen. Gajus sagt:

> Kein Eigenthümer kann seine Sache mit der Formel abfordern: si paret eum dare oportere. Denn dare bedeutet die Eigenthumsverschaffung. Dem Eigenthümer kann aber das Eigenthum nicht erst verschafft werden.

Die Anwendung auf die Rückforderungskondiktion müßte dahin gefaßt werden:

> Kein Eigenthümer hat die condictio ad restituendum. Denn dem Eigenthümer kann seine Sache nicht restituirt werden.

Daß dieser Satz unmöglich ist, dürfte ohne Weiteres einleuchten. Es wird daher den Griechen beizutreten sein, welche den Ausspruch des Gajus in ganz scharfer Weise auf die obligatio und condictio ad dandum beschränken.

Geht man von der Auffassung aus, daß die Griechen das römische Recht richtig erklärt haben, so kommt man zu einer auch für das moderne Recht brauchbaren Konstruktion der Rückforderungs-

---

[63]) Daß diese Auffassung des Akkursius später von Donellus aufgenommen ist, daß sie aber trotzdem nur einen geringen Einfluß gewonnen hat, daß namentlich die positiven Gesetzbücher, insbesondere das preußische Landrecht und der code civil, die Lehre des Paulus beibehalten haben, daß der Umschlag in der Pandektendoktrin erst durch den Einfluß Savigny's herbeigeführt ist, haben wir Recht an der Sache S. 97—102 bereits ausgeführt.

Digitized by Google

kondiktion. Es ist nur der eine Umstand zu berücksichtigen, daß wir nicht mehr, wie die Römer, nur ausnahmsweise mit der Kondiktion die Sachklage verbinden, sondern die Klage auf Herausgabe der Sache selbst dem Kondizenten gegen den Empfänger immer geben, soweit dies möglich ist. Der Kondizent bleibt Eigenthümer. Der Kondiktionsbeklagte ist je nach den Umständen ein gut- oder schlechtgläubiger Besitzer. Durch die Empfangnahme oder den Verbrauch der Sache kann er sich sogar einer Kriminalstrafe aussetzen, so daß es durchaus korrekt ist, wenn ihn die Römer unter bestimmten Verhältnissen als einen fur bezeichnen. Der Kondiktionskläger kann die Sache aus dem Konkurse des Empfängers ziehen. Dagegen versagt die Kondiktion gegen dritte Erwerber, so daß gegen dieselben nur eine Klage aus ihrem Dolus oder aus dem zu cedirenden Rechte des Empfängers begründet ist.[64])

---

[64]) Hellmann glaubt unsere Deduktionen dadurch widerlegen zu können, daß er folgende Frage aufstellt: „Kann etwa Derjenige, welchem sine causa vom Eigenthümer animo dominii transferendi tradirt wurde, die tradirte Sache nicht vindiciren, falls sie ein Dritter wider seinen Willen besitzt? Wenn ja, wer ist dann Eigenthümer, der Kondizent, der nur vom Empfänger, oder der Letztere, der von jedem Dritten zurückfordern kann?“ Nach unseren Ausführungen ist es unzweifelhaft, daß auch Derjenige, welchem eine Sache sine causa vom Eigenthümer tradirt ist, gegen unberechtigte Dritte vindiziren kann. Es folgt dies aus der Relativität aller im Prozesse geltend zu machenden Rechte. Selbst Derjenige, welchem von einem Nichteigenthümer übergeben ist, kann unter Umständen die Herausgabe der Sache von dem unberechtigten Besitzer verlangen. Den unberechtigten Besitzern gegenüber gilt er als Eigenthümer, nicht aber gegenüber dem wirklichen Eigenthümer. Ja der bloße Besitzer wird allen gegenüber als Eigenthümer angesehen, solange nicht gegen ihn Jemand sein Eigenthnm beweist.

Wenn nun aber Derjenige, welchem eine Sache vom Eigenthümer sine causa tradirt ist, dieselbe vom Tradenten vindiziren wollte, so würde er in Folge des Einwandes des Tradenten abgewiesen, und daraus würde es klar werden, daß der Tradent doch das stärkere Recht hat.

Ferner stellt Hellmann zu unserer Widerlegung die Frage auf: „Und wenn der Tradent nicht Eigenthümer war, ihm also lediglich condictio possessionis gebührt, soll er oder der Vindikationsberechtigte Eigenthümer sein?“ Diese Frage erledigt sich jedoch von selbst. Wir haben nirgends behauptet, daß nur dem Eigenthümer die condictio zustehe, und eine condictio possessionis ausgeschlossen sei, sondern lediglich, daß der ohne Rechtsgrund tradirende Eigenthümer Eigenthümer bleibe und als Eigenthümer kondizire.

Digitized by Google

Dagegen müßte die herrschende Theorie, wenn sie überhaupt durchgeführt werden könnte, überall zu den entgegengesetzten Resultaten kommen. Ist der Kondiktionsbeklagte Eigenthümer, so kann man ihn als unredlichen Besitzer überhaupt nicht ansehen. Ein Delikt kann füglich der nicht begehen, der seine Sache annimmt oder verbraucht. Im Konkurse des Kondiktionsbeklagten müßte der Kläger eine Geldentschädigung pro rata liquidiren. Eine Klage gegen Dritte wäre überhaupt ausgeschlossen, da man es den Eigenthümern zu gestatten hat, über ihre eigenen Sachen zu verfügen.

Aber freilich ist die Durchführung dieses Standpunktes überhaupt unmöglich. Schon der Entwurf lenkt daher ein, indem er eine Klage gegen bösgläubige Dritte zuläßt. Noch mehr weichen unsere Gegner zurück, da sie der Anerkennung eines Vorzugsrechtes des Kondizenten — wenigstens unter gewissen Voraussetzungen (welchen?) — im Konkurse des Besitzers (also Nichteigenthümers?) die legislatorische Berechtigung nicht absprechen wollen (Hellmann). Zwar wird ausgeführt, daß diese Sätze auch unter Festhaltung der üblichen Systematik konstruirt werden können, in Wahrheit ist sie

---

Dertmann (Jurist. Literaturblatt 92 S. 112) bekämpft die richtige Auffassung der Griechen, daß der Rückforderungskondizent Eigenthümer sei, mit der Erwägung, daß dem Eigenthümer eine Vindikation mit dem Recht der Folge gegeben werden müßte, denn „ubi rem meam invenio, ibi vindico". Diesen letzteren Satz kennen selbstverständlich auch die Basiliken. B. XV. 1. 9:

Ὅθεν δήποτε νέμεται ὁ ἐναγόμενος, ὅπερ ἀποδείξω ἐμὸν εἶναι, καταδικάζεται . . .

Ex quacunque causa reus possideat, quod probavero meum esse, condemnatur.

Trotzdem haben die Griechen sich mit Recht von ihrer richtigen Auffassung der Rückforderungskondiktion durch diesen Satz nicht abbringen lassen. Derselbe besagt weiter nichts, als Folgendes: „Wenn der Kläger die Erfordernisse der Vindikation nachgewiesen hat, braucht er sein Verhältniß zum Besitzer nicht aufzudecken." Er sagt aber nicht, daß der Eigenthümer nur durch eine Vindikation geschützt werden könne. Dies ist vielmehr eine willkürliche Annahme der herrschenden Doktrin.

Wendt (Jahrb. für Dogmatik Bd. 29 S. 44), welcher mit uns die Auffassung theilt, daß der Eigenthumsübergang vom Rechtsgrund abhänge, sucht, um den nunmehr klar hervortretenden Widerspruch zur Kondiktionenlehre zu beseitigen, auszuführen, daß auch die condictio sine causa erst aus dem Verbrauche gegeben sei. Diese Ansicht ist unmöglich, da ihr alle Aussprüche der Quellen widersprechen.

Digitized by Google

jedoch damit aufgegeben. Denn es giebt nichts, was mit der Natur einer Obligation so unverträglich wäre, als die Wirkung gegen Dritte, als die Abforderung der Sache selbst im Konkurse des Verpflichteten. Alle unsere Gegner nehmen daher in Wahrheit unsere Systematik auf, und wenn sie nun behaupten, daß sie werthlos sei, weil sie zu keinen Entscheidungen führe, welche von der bisherigen Doktrin abweichen, so können wir darin nur eine scheinbare Deckung der herrschenden Theorie erblicken. Denn wenn man in dieselbe ihr durchaus widersprechende, sich aus unserer Systematik ergebende Resultate einschiebt, so ist es selbstverständlich, daß nunmehr auch dieselben Resultate vorliegen. Zum Scheine hält man die herrschende Theorie aufrecht, die praktisch anzuwendenden Rechtssätze wollen aber selbst unsere Gegner nach unserer Auffassung festgestellt wissen. Ein solches Verfahren mag möglich sein, wenn es sich um die bloß theoretische Erklärung eines sonst feststehenden Rechts handelt, wenn aber ein Gesetzgeber ein Prinzip aufstellt, und die Rechtssätze nach einem anderen normirt, so verwirrt er die Praxis.

Neben die Forderungs- und Rückforderungskondiktionen stellen die Griechen die Kondiktion aus dem Verbrauche. Sie wird gegeben dem Eigenthümer, der nicht tradirt hat, dessen unermächtigter Stellvertreter tradirt hat, dem Eigenthümer, der den nothwendigen Veräußerungswillen überhaupt nicht haben kann, gegen den Besitzer ohne genügenden Rechtsgrund, wenn dieser die Sache verkauft oder sonst verbraucht.[65]) Es ist zweifellos, daß der Besitzer als Nichteigenthümer der Sache aufgefaßt, und die Kondiktion dem Eigenthümer derselben gegeben wird.

B. XXIII. 1. 11 Not. 14:

γίνωσκε δέ, ὅτι ὁ ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος κονδικτίκιος κινεῖται καὶ παρὰ δεσπότου . .

Scias autem, condictionem de bene depensis etiam a domino intendi. . .

Der Eigenthümer hat sogar, freilich nur solange die numi in

[65]) Wir haben hier nicht die Absicht, die Erfordernisse der Verbrauchskondiktion festzustellen. Hierzu würde eine besondere, ausführliche Erörterung nothwendig sein. Uns kommt es hier nur darauf an, ihren Charakter im Gegensatze zur Forderungs- und Rückforderungskondiktion klar zu legen.

Digitized by Google

Natur vorhanden sind, die actio in rem, um sie selbst abzulangen, da er den Willen, Eigenthum zu übertragen, nicht gehabt hat.

B. XXIII. 1. 13 No. 9:

Εἰ δὲ μὴ δαπανηθῶσιν, εἰ μὲν φαίνονται, κινήσουσιν οἱ δεσπόται ἰν ῥέμ.

Si vero consumti non sunt, si quidem apparent, domini agent in rem.

Die Kondiktion wird zunächst durch die Vindikation ausgeschlossen und entsteht erst mit dem Verbrauche:

B. XXIII. 1. 13 No. 5:

Σημείωσαι ἰδικῶς ἐν ῥητῷ, ὅτι ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος κονδικτίκιος οὐχ ἅμα τῇ ἀπαριθμήσει, ἀλλὰ τῇ καθ' ἡμέραν δαπάνῃ συνίσταται καὶ συναυξάνεται.

Nota specialiter in contextu, condictionem de bene depensis non statim ex numeratione, sed consumtione quotidie constitui et crescere.

Unbedenklich ist auch dem Kondizenten die eigentliche Kondiktion mit der Intention des dare oportere zuzusprechen, denn wenngleich der Besitzer auch durch den Verkauf oder Verbrauch der Sache Eigenthümer derselben nicht geworden sein kann, so handelt es sich doch nunmehr um die Zahlung von Geld, welches nicht im Eigenthume des Kondizenten steht.

Not. 3. l. c:

κινοῦσιν κέρτιον γενικὸν κονδικτίκιων . . .

agent certi condictione generali.[66])

Es ist nicht unsere Absicht, die Theorie der Verbrauchskondiktion weiter zu verfolgen, da sie mit dem Zwecke, den wir im Auge haben, nur in einem loseren Zusammenhange steht. Nur um die Natur der Kondiktion nach allen Richtungen hin möglichst klar zu stellen, citiren wir einige Beispiele:

B. XXIII. 1. 23:

Jemand hat als Legatar einen Sklaven in Besitz genommen, der einem anderen vermacht ist, und ihn verkauft. Er ist zweifellos

[66]) Diese eigentliche Kondiktion der Griechen mit der Formel des dare oportere kann daher nur entstehen, wenn das Eigenthum durch Verbrauch der Sache verloren ist.

Digitized by Google

nur Besitzer des Sklaven gewesen, und auch durch den Verkauf desselben nicht Eigenthümer geworden. Der wahre Legatar hat die Vindikation und nach dem Verkaufe die Kondiktion auf den Kaufpreis. Wir haben schon oben ausgeführt, daß diese Kondiktion von den griechischen Auslegern damit gerechtfertigt wird, daß der Beklagte als Besitzer der fremden Sache diese verkauft habe.

B. XXIII. 1. 14:

Wenn ein Haussohn ohne Veräußerungsbefugniß Geld des Vaters zum Darlehn giebt, so kommt der Darlehnskontrakt nicht zu Stande. Der Vater hat die Vindikation, da überhaupt ohne seinen Willen übergeben ist, und nach dem Verbrauch die Kondiktion. Denn dem Vater wird die Kondiktion gerade immer dann gegeben, wenn der Sohn zahlt, um ein Rechtsverhältniß zu begründen, dieses Rechtsverhältniß aber wegen des mangelnden Eigenthumsüberganges nicht zu Stande kommt. Die Griechen gründen diese im Gegensatze zur Darlehnsklage stehende Kondiktion gerade darauf, daß das Eigenthum nicht übergegangen, und die Darlehnsklage nicht entstanden ist.

Not. 5:

> *Τοῦτ' ἔστιν, ὃ θέλει εἰπεῖν, ὅτι ἐξ ἐκείνων τῶν αἰτίων ὁ ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος τίκτεται κονδικτίκιος, ἐξ ὧν εἰ δ' ἄν ἡ δεσποτεία τῶν νούμων ἐπὶ τὸν λαβόντα μετέστη, ἐτίκτετο ἀγωγή.*
>
> Hoc est, quod dicere vult: Ex illis causis nascitur condictio de bene depensis, ex quibus si dominium nummorum ad accipientem transisset, actio nata esset.[67])

Ganz anders steht die Sache, wenn der Sohn zahlt, um ein Rechtsverhältniß zu lösen. Not. 7:

> *πῶς γάρ, ὅτε μὴ συστάσει ἐνοχῆς, ἀλλ' ἐπὶ λύσει μᾶλλον ἐνοχῆς κατεβλήθη τὰ νομίσματα . .*
>
> Quomodo enim, cum non contrahendae obligationis animo, sed magis distrahendae nummi soluti sunt?

In diesem Falle tritt der Vindikation und der Kondiktion des Vaters die Einrede aus dem Schuldverhältniß entgegen, und die

[67]) Vergl. die hiermit übereinstimmende Darstellung Recht an der Sache S. 144 ff.

Digitized by Google

Klagen sind auf Grund derselben abzuweisen, weil der wirklich bestehende Rechtsgrund den Uebergang des Eigenthums herbeiführt. In dem gedachten Falle ist daher die Klage des Vaters nicht immer begründet. Unter diesen Umständen entsteht die Frage, ob, wenn der Sohn eine gegen das Macedonianische Senatuskonsult aufgenommene Darlehnschuld zurückgezahlt hat, dem Vater die Rückforderungsklage zusteht. Von einer condictio indebiti kann freilich keine Rede sein, da vorausgesetzt wird, daß der Sohn sich nicht geirrt habe. Jedoch sind die Griechen der Ansicht, daß dem Vater die condictio certi generalis gerade deshalb zu geben sei, weil der Sohn die Veräußerungsfähigkeit überhaupt nicht hatte,[68]) der Empfänger nicht das Eigenthum erlangte, vielmehr eine fremde Sache verbrauchte.

> διὰ γὰρ τοῦ γενικοῦ κέρτου κονδικτικίου ῥεπετιτεύει τὸ οὕτω καταβληθὲν ὁ τοῦ ὑπεξουσίου πατήρ, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς . . . φησίν.
>
> pater enim filiifamilias per certi condictionem generalem, quod ita solutum est, repetit.

B. XXIII. 1. 12.

Ein Wahnsinniger giebt Geld zum Darlehn. Das Eigenthum geht nicht über, und der Darlehnskontrakt kommt nicht zu Stande, weil ein Wahnsinniger überhaupt nicht veräußern kann. (Not. 2):

> διὰ τοῦτο δὲ ὁ μαινόμενος οὐ συνέστησεν ἅμα τῇ ἀπαριθμήσει τὸ δάνειον, κἂν δεσπότης ἦν τῶν νομισμάτων, ἐπειδὴ οὐδὲ δύναται καθάπαξ ἐκποιεῖν.
>
> Ideo autem furiosus numeratione mutuum non contraxit, licet nummorum dominus esset, quia nihil penitus alienare potest.

So lange daher das Geld vorhanden ist, wird dem Wahnsinnigen die Vindikation gegeben. Von einer Kondiktion aus der Tradition kann keine Rede sein, weil eine solche überhaupt nicht vorliegt. Vielmehr entsteht die eigentliche Kondiktion mit der Formel des dare oportere erst aus dem Verbrauche. Freilich ist eine solche

---

[68]) l. 9 §. 1 D. de S. M. 14. 6 (alienationem eorum filium non habuisse, et ideo, si solverit condictionem patri ex omni eventu competere).

Digitized by Google

Kondiktion immer nur denkbar, wenn der Kondizent entweder noch nicht das Eigenthum erlangt oder es wieder verloren hat.

δεσποτείας δὲ μὴ μετενεχθείσης, πῶς οἷόν τε ἦν ἐξ ἀρχῆς συστῆναι τὸν κονδικτίκιον;

Dominio autem non translato, quomodo ab initio condictio competere potuit?

In dieser Weise werden von den Griechen Darlehnsklage und Verbrauchskondiktion überall einander gegenübergestellt. Beim Darlehn entsteht die eigentliche condictio mit der Formel des dare oportere sofort, weil das Eigenthum übergegangen ist. Im Gegensatze hierzu gründet sich die Verbrauchskondiktion darauf, daß das Eigenthum nicht übergegangen ist, jedoch kann die eigentliche Kondiktion nicht sofort mit der Besitznahme, sondern erst mit dem Verbrauche entstehen.

Schließlich haben wir noch einige Bemerkungen über die Geldrückforderungskondiktion zu machen, weil sie der Darlehnskondiktion so überaus nahe steht, und sich aus dieser Aehnlichkeit am leichtesten der Irrthum des herrschenden Pandektensystems erklären läßt. Im Allgemeinen muß man sagen, daß die Geldrückforderungskondiktion den Regeln der Rückforderungskondiktion überhaupt untersteht. In den von uns hervorgehobenen Beispielen ist in der Regel von Geld die Rede. Der Geber von Geld macht daher den Empfänger durch die kausalose Tradition nicht zum Eigenthümer, da nach der Auffassung der Griechen ein Eigenthumsübergang durch eine Tradition ohne Rechtsgrund nicht denkbar ist. Aber schon nach den allgemeinen Regeln kann der Kondizent die hingegebene Sache selbst nicht zurückverlangen, er muß sich vielmehr mit einer Abfindung begnügen. Daher kann auch Derjenige, welcher Geld ohne Rechtsgrund gegeben, nicht dieselbe Summe fordern. Bei der Kondiktion einer Sache bleibt es freilich trotzdem Zweck derselben, den Beklagten durch die Vermögenshaftung zur Herausgabe der Sache zu zwingen.[69]) Bei der Geldkondiktion ist jedoch wegen der fungiblen Natur des Geldes nicht einmal dieser Zweck festzuhalten. Es ist gleich-

[69]) Vergl. z. B. l 26 §. 4 D. 12. 6 (sed et condictio manet integrae rei).

Digitized by Google

gültig, welches Geld der Kondizent zurückerhält, wenn es nur denselben Werth hat. Daher ist dem Geldkondizenten sofort die eigentliche Kondiktion mit der Formel des dare oportere zu geben, und er kann als Eigenthümer des empfangenen Geldes betrachtet werden, weil er es behalten kann[70]) und der Zweck der Kondiktion nicht einmal darauf gerichtet ist, ihn zur Herausgabe gerade des empfangenen Geldes zu zwingen.[71])

Diese Anschauungsweise findet sich nun in der That in der Paraphrase des Theophilus.

J. III. 14 §. 1:

ἐὰν γὰρ ἐγὼ ἐμαυτὸν ὑποπτεύσω ἐποφείλειν σοι ἑκατὸν νομίσματα καὶ ταῦτά σοι κατὰ πλάνην καταβάλω, ποιῶ σε δεσπότην· τελευταῖον δὲ γνοὺς τὸ ἀληθὲς, δύναμαι ταῦτα ἀναλαμβάνειν διὰ κονδικτικίου· Κινῶν γὰρ λέγω, εἰ φαίνεται τόνδε χρῆναι δοῦναι.

nam si ego suspicer me debere tibi centum solidos, eosque tibi per errorem solvero, dominum te facio: postea

---

[70]) In dieser Weise wird selbst bei der Geldkondiktion der Begriff des Eigenthums als der des materiellen Rechts, die Sache zu behalten, gewahrt.

[71]) Man kann dem im Texte Dargestellten auch folgenden Ausdruck geben: Die Geldrückforderungskondiktion nimmt in Folge der Fungibilität des Geldes die Natur einer Forderungskondiktion, sogar die der eigentlichen condictio ad dandum an. Jedoch gilt dieser Satz nicht für die eigentlichen Rückforderungskondiktionen, welche auf die Restitution einer bestimmten Sache gehen, wie dies z. B. Erxleben auf Grund einer noch zu besprechenden Stelle aus der Paraphrase des Theophilus behauptet.

Der dargestellte Gegensatz ist schon selbst durch die Glosse klar gelegt. Hinsichtlich der Geldkondiktionen mag sie der Ansicht gewesen sein, daß sie immer gegen den Eigenthümer zustehen. Dagegen behauptet sie von den auf eine Sache gerichteten Rückforderungskondiktionen, daß sie dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer zustehen, um den Besitz abzurufen. Glossa Nisi a fure zur l. 12 D. usufr. quemadmodum 7. 9:

> Sed numquid possessionem rei meae, quam alius habet, possum condicere etiam a non fure? Respon. possum per triticariam, cum enim omnes res condicantur.

Dies ist schon die Meinung des Cyrillus, welcher (B. XXIII. 1. 1 Not. 1) die condictio certi auf Geld mit der Formel: si paret hunc dare oportere, der condictio triticaria entgegenstellt, welche hinsichtlich jeder Sache aufgestellt sei. Ebenso Cujacius (Recht an der Sache S. 125).

Digitized by Google

vero veritatem cognoscens, possum eos recipere per condictionem. Agens enim dico, Si adparet hunc dare oportere.

Theophilus bezeichnet also in der That den Empfänger einer nicht geschuldeten Geldsumme als Eigenthümer derselben. Gajus (III. §. 91) und Justian (III. 14 §. 1) vermeiden nun freilich vorsichtiger Weise diesen Ausdruck. Auch könnte man aus den Worten des Theophilus (*γνοὺς δὲ ἀληθὲς*) folgern, daß er vorher eine uneigentliche Bezeichnung gewählt habe. Jedoch nehmen wir an, daß er den Empfänger wirklich als Eigenthümer betrachtet hat.[72]) Trotzdem ist sich Theophilus, ebenso wie Gajus und Justinian, über den Unterschied zur Darlehnsklage klar gewesen. Die Darlehnsklage giebt er, weil in Folge der kausalen Tradition Eigenthum übertragen, und so die Obligation auf Rückgabe entstanden ist. Dagegen sagt er von der condictio indebiti, daß sie keinen Kontrakt enthalte:

ὁ δὲ ἐνδέβιτος κονδικτίκιος οὐκ ἔχει ἐν ἑαυτῷ συνάλλαγμα.
sed condictio indebiti in se contractum non habet.[73])

---

[72]) Aus der Ausführung des Theophilus erklärt es sich auch, wie Akkursius dahin gekommen ist, einen Gegensatz des Wortlautes der l. 31 D. de A. R. D. 41. 1 nur zu der Theorie der condictio indebiti zu behaupten. Theophilus spricht nur von der condictio indebiti auf Rückgabe von Geld. Freilich läßt sich nicht begreifen, weshalb der Gegensatz zu den übrigen Kondiktionen nicht derselbe sein sollte. Daher kann man die herrschende Theorie nicht tadeln, weil sie den Ausspruch des Akkursius, freilich gegen alle sonstigen Ausführungen der Glosse selbst, allgemein genommen hat. Jedoch ist übersehen, daß Theophilus nur eine Eigenthümlichkeit der Geldrückforderungskondiktion (wohl nicht bloß der condictio indebiti) erörtert, welche sie mit der Darlehnsklage gemeinschaftlich hat.

[73]) Theophilus fährt sogar fort:

πῶς γάρ τις καλέσοι συνάλλαγμα, ὁπότε ψυχῇ εὐγνωμονοῦντος καὶ βουλομένου διαλύσαι ἐνοχὴν ὑποπτευομένην, ποιοῦμαι τὴν καταβολήν, οὐκ ἐπὶ τῷ συστῆσαι ἐνοχήν;
quomodo enim quis contractum vocet, quum animo debitum agnoscentis atque obligationem erroneam dissolvere volentis, solutionem facio, non ut obligationem constituam?

Trotzdem Theophilus so jede Möglichkeit der Annahme eines Kontrakts leugnet, und Justinian (III. 27 §. 6) von einem Distrakt spricht, hat gleichwohl die herrschende Doktrin aus den römischen Rechtsquellen den sog. dinglichen Vertrag konstruirt. Zu erklären ist diese Auffassung der Theorie nur

Digitized by Google

Die kausalose Tradition überträgt aber, wie wir nachher noch ausführen werden, nach der Ansicht des Theophilus nicht das Eigenthum. Er kann also aus diesem Grunde das Eigenthum des Empfängers nicht angenommen haben. Vielmehr giebt er den korrekten Grund selbst an: *κινῶν γὰρ λέγω, εἰ φαίνεται χρῆναι δοῦναι.* Nur weil gegen den Empfänger wegen der fungiblen Natur des Geldes sofort die Intention auf das dare oportere gebraucht werden kann, ist er als Eigenthümer des empfangenen Geldes anzusehen, nicht aber deshalb, weil eine kausalose Tradition Eigenthum überträgt.[74])

Auf ähnliche Erscheinungen, die ihre Erklärung nur in der fungiblen Natur des Geldes finden, stoßen wir auch sonst.

B. XVI. 5. 12:

Der Geldlegatar wird Eigenthümer, auch wenn der Erblasser ausdrücklich erklärt hat, daß er ihm nur den Nießbrauch des Geldes vermache.

> *Τοῦτο λέγει, ὅτι δεσπότης ὁ λῃγατάριος γίνεται τῶν νομισμάτων, καὶ οὐ τὰ αὐτὰ χρεωστεῖ μετὰ θάνατον, ἀλλὰ τοῦ αὐτοῦ γένους, καὶ τῆς καλλονῆς.*
>
> Hoc dicit, quia dominus pecuniae legatarius efficitur, neque post mortem eandem debet, sed ejusdem generis et bonitatis.

Nach allen unseren Betrachtungen sind zu unterscheiden: die Forderungskondiktion, die Rückforderungskondiktion, die Verbrauchskondiktion, die Geldkondiktion. Die erstere stellt selbstverständlich der Nichteigenthümer gegen den Eigenthümer an. Dieser Satz gilt insbesondere hinsichtlich der condictio ad dandum, welche die Griechen als eigentliche Kondiktion bezeichnet haben. Für sie ist die Regel festzuhalten und von den griechischen Auslegern festgehalten worden,

---

dadurch, daß Donellus die Rückforderungskondiktionen aus dem Vertrage überhaupt gerechtfertigt hat und nunmehr. trotzdem diese Ansicht mit Erfolg bekämpft ist, ein halber Vertrag stehen geblieben ist.

[74]) Daher kommt es, daß nach Ansicht der Römer (l. 18 D. de cond. furt. 13. 1) der wissentliche Empfänger einer Nichtschuld einen Diebstahl begeht. Durch die kausalose Tradition selbst ist er nicht Eigenthümer geworden. Wäre er es durch die Tradition selbst geworden, so könnte er als Eigenthümer keinen Diebstahl begehen.

Digitized by Google

daß sie nur begründet ist, wenn der Kläger entweder das Eigenthum noch nicht erlangt, oder es verloren hat (Darlehnsklage). Der Rückforderungsberechtigte bleibt trotz der Tradition Eigenthümer und hat sofort aus der Tradition die condictio ad restituendum, hinsichtlich deren er sich durch Geldhingabe (dare) abfinden lassen muß. Der Kläger der Verbrauchskondiktion ist ebenfalls der Eigenthümer der Sache. Die Kondiktion aus der Tradition ist ihm jedoch nicht zu geben, weil er nicht tradirt hat, vielmehr erst die eigentliche Kondiktion auf Geld aus dem Verbrauche. Eine besondere Stellung nimmt die Geldrückforderungskondiktion wegen der fungiblen Natur des Geldes ein. Der Tradent von Geld hat sofort zu behaupten, daß ihm Geld von gleichem Werthe zu geben sei, und daher kann man ihn als einen Nichteigenthümer und den Empfänger als Eigenthümer ansehen.

Der Fehler der herrschenden Pandektentheorie liegt darin, daß sie die Regel, daß die condictio ad dandum mit einem bestehenden Eigenthume unverträglich sei, auf alle Kondiktionen ausgedehnt hat. In Folge dieser unzulässigen und in keiner Weise motivirten Ausdehnung ist sie dahin gekommen, ein unrichtiges System aufzurichten. Man glaubte vielleicht einen wissenschaftlichen Reinigungsprozeß anzustellen, indem man diejenigen Kondiktionen, welche die Griechen als degenerirte bezeichnet haben, des Prinzipes halber auf die Regeln der eigentlichen Kondiktion zurückführte.

§. 4. Die aus der Natur der Klagen sich ergebenden Rechtsbegriffe und Rechtsregeln.

Schon die Griechen haben nach Anleitung der Römer den Begriff des Rechts an der Sache in unserem Sinne aufgestellt. Ein Recht an der Sache habe ich, wenn ich die Sache behalten, zurückfordern oder fordern kann.

B. II. 2. 138 (l. 143 D. 50. 16):

Ἔχειν δοκῶ τὸ πρᾶγμα, ἐφ' ᾧ ἁρμόζει μοι ἀγωγή.
Rem habere videor, de qua actio mihi competit.[75])

[75]) Hellmann bemerkt: „Was soll man sagen zur Logik des Satzes: Wer das Recht hat, die Sache zu fordern, hat auch ein Recht an der Sache." Er übersieht, daß unsere Behauptung auf klassischem Boden steht. l. 143 D.

Digitized by Google

Auch die Klagen gehören zum Vermögen.

B. II. 2. 88 (l. 91 D. 50. 16):

Τῇ προσηγορίᾳ τῶν ἐμῶν καὶ τῇ προσηγορίᾳ τῶν σῶν καὶ αἱ ἀγωγαὶ περιέχονται.

Appellatione meorum et appellatione tuorum actiones quoque continentur.

Freilich ist der Begriff des römischen Ausdrucks „in bonis esse" ein ganz allgemeiner. Er umfaßt nicht bloß die Klagen, sondern auch die beschränkten Rechte an Sachen und selbst den gutgläubigen Besitz, weil auch in Bezug auf den letzteren ein wenigstens vorläufiges Recht zu behalten und zu gebrauchen begründet ist.

B. II. 2. 46 (l. 49 D. 50. 16):

Ἐν τῇ περιουσίᾳ ἡμῶν ἐστι καὶ ὅσα καλῇ πίστει νεμόμεθα καὶ αἱ οἰκήσεις καὶ τὰ ἐν ἀγωγαῖς.

In bonis nostris sunt et quae bona fide possidemus et superficiaria et quae in actionibus sunt.

Aus diesem allgemeinen Begriffe des Rechtes an der Sache oder des „in bonis" der Römer ist der Begriff des Eigenthums im eigentlichen Sinne herausgenommen. Auch die Griechen finden dasselbe in dem vollständigen und vollkommenen Rechte, zu behalten oder zurückzufordern.

B. II. 3. 15 (l. 15 D. 50. 17):

Ὁ περὶ πράγματος ἀγωγὴν ἔχων εἰς ἀπαίτησιν, αὐτὸ τὸ πρᾶγμα δοκεῖ ἔχειν.

Qui de re actionem habet ad repetitionem, ipsam rem habere videtur.

Nicht einmal als gegeben soll die Sache angesehen werden, die der Empfänger zur Zeit der Gabe nicht behalten kann.

B. II. 3. 167 (l. 167 D. 50. 17):

Οὐ δοκεῖ δεδόσθαι τὸ μὴ γενόμενοι τοῦ δεξαμένου κατὰ τὸν καιρὸν τῆς δόσεως.

---

de V. S. 50. 16 (Ulpianus): Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim, quod peti potest. Auch die übrigen im Texte angeführten Stellen der Basiliken haben zu ihrer Grundlage die Aussprüche der klassischen Juristen. Die an sich unnatürliche Auffassung, daß das Recht des Käufers mit der gekauften Sache nichts zu thun habe, ist erst in neuester Zeit entstanden.

Digitized by Google

Non videtur datum esse, quod non factum est accipientis tempore dationis.

Der Empfänger, welcher zurückgeben muß, ſcheint überhaupt nicht empfangen zu haben.

B. II. 2. 68 (l. 71 D. 50. 16):

διάτοι τοῦτο οὐ δοκεῖ τις λαβεῖν, ὅπερ μέλλει ἀποκαθιστᾶν.
ideoque non videtur quis capere, quod erit restiturus.

B. II. 3. 51.:

Οὐ δοκεῖ τις λαμβάνειν, ὅπερ ἄλλῳ ἀποκαταστῆσαι ἀναγκάζεται.

Non videtur quis accipere, quod alii restituere cogitur.

Beſonders charakteriſtiſch iſt es, daß nach dem letzteren Geſetze unmittelbar (53) die Rückforderungskondiktionen abgehandelt werden.

Nur dann wird von dem Verluſte der Sache geſprochen, wenn keine Rückforderungsklage mehr zuſteht.

B. II. 2. 13 (l. 14 §. 1 D. 50. 16):

Πρᾶγμα δὲ ἀπολωλεκέναι δοκεῖ καὶ ὁ κατ' οὐδενὸς ἕνεκα τῆς ἀπαιτήσεως αὐτοῦ ἀγωγήν τινα ἔχων.

Rem autem amisisse videtur et qui contra neminem persequendae ejus causa actionem ullam habet.

Schon nach dieſen allgemeinen Ausſprüchen muß jeder Zweifel daran ſchwinden, daß Griechen und Römer in dem Eigenthumsbegriffe jedes Rückforderungsrecht auf eine beſtimmte Sache (nicht auf Geld) mit umfaßt haben. Die Behauptung ſcheint unmöglich, daß die techniſch ſonſt gerade für die Kondiktion gebrauchten Worte ſich hier nicht auf dieſelben beziehen ſollten. Außerdem haben wir hinſichtlich aller Rückforderungskondiktionen, welche auf die Herausgabe von Sachen gerichtet ſind, bereits nachgewieſen, daß ſie von den Griechen dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer gegeben ſind. Die von den Griechen aufgeſtellten allgemeinen Begriffe ſtimmen hiermit überein.

Die gegen unſere Definition des Eigenthums als des vollſtändigen und vollkommenen Rechts, eine Sache zu behalten oder ſie zurückzufordern, aufgeſtellten Einwendungen ſind daher verfehlt. In der That ſind nur die drei materiellen Sachenrechte zu denken, das Recht, die Sache zu behalten, das Recht, ſie zurückzufordern, das Recht, ſie zu fordern. Wenn daher der Begriff des Eigenthums

Digitized by Google

der eines materiellen Rechts überhaupt bleiben soll, muß er aus diesem umfassenden Begriffe entnommen werden, wie dies in den griechischen Auslegungen geschehen ist.

Wo die von derselben Anschauung ausgehende l. 52 D. de A. R. D. 41. 1 früher gestanden hat, erscheint unerheblich. Gegenwärtig steht sie in dem Titel, der sich mit dem Eigenthum speziell beschäftigt. Außerdem ist sie nach unserer Pandektenausgabe aus dem 7. Buche der Regeln des Modestin entnommen.[76]) Es darf angenommen werden, daß sich dieser Jurist gerade bei Aufstellung von Regeln korrekt ausgedrückt hat. Auch liegt nicht etwa ein einzelner flüchtiger Ausspruch vor, vielmehr braucht man nur die den erläuterten Stellen aus den Basiliken entsprechenden Pandektenfragmente zu vergleichen, um sich zu überzeugen, daß es sich um eine allgemein getheilte Ansicht der Griechen und Römer handelt. Wenn trotzdem Endemann behauptet, Modestin habe in der l. 52 l. c. nur das bonitarische Recht definiren wollen, so übersieht er ferner, daß die Definition als solche unrichtig sein würde. Denn das bonitarische Recht umfaßt auch das Forderungsrecht und den gutgläubigen Besitz. Diese letzteren Rechte sind aber geflissentlich fortgelassen. Hellmann scheint auch einzusehen, daß die von Endemann aufgestellte Widerlegung sich nicht halten läßt.[77]) Er will daher dem Modestin nur die Auffassung unterstellen, daß wir eine Sache dann im Eigenthume haben, wenn wir ihren Besitz durch die exceptio justi dominii vertheidigen, oder durch die rei vindicatio[78])

---

[76]) Endemann (Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 41) führt aus, daß die l. 52 l. c. eine gelegentliche Aeußerung aus des Modestinus lib. VII. de natalibus restituendis ist, die mit der Definition des Eigenthums nicht das Geringste gemeinsam hat. Weder die Ausgabe von Kriegel, noch die von Mommsen enthält die gedachte Inskription. Noch weniger ist erwiesen, daß Modestin gelegentliche, d. h. eigentlich unrichtige Aeußerungen gemacht habe. (Die Annahme Endemanns beruht auf Lenels Palingenesia I p. 735. D. R.)

[77]) Endemann sagt allerdings (Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 41): „Kindels Behauptung, daß D. 41. 1. 52 die maßgebende Eigenthumsdefinition des römischen Rechts enthalte, wurde von uns als unhaltbar abgewiesen."

[78]) Die Worte des Modestin (ad recuperandam eam actionem) dahin auszulegen, daß sie die auf Rückgabe der Sache gerichtete Konditktion ausschließen, ist wohl überhaupt unmöglich. Wir haben nur eine Stelle gefunden, die man mit einem Scheine von Recht gegen unsere Auffassung verwenden

Digitized by Google

wiedererlangen können. Aber hiermit giebt er bereits zu, daß das Eigenthum das Recht zu behalten,[78a]) und nicht das formale Eigenthum des Konsensprinzipes ist. Andrerseits aber wird seine Behauptung, daß nur an die vindicatio gedacht sei, sowohl durch den von dem Juristen gebrauchten Ausdruck, wie durch alle obigen Ausführungen widerlegt.

Da die Griechen das Eigenthum als das materielle Recht die Sache zu behalten oder zurückzufordern aufgefaßt haben, und daher nach ihrer Meinung die auf die Sache gerichtete Rückforderungskondiktion den Eigenthumsübergang nicht voraussetzt, haben sie selbstverständlich den Ausspruch des Paulus (l. 31 D. de A. R. D. 41. 1) in seinem Wortlaute festgehalten. Das Gegentheil wäre auch unmöglich gewesen. Wer lehrt, daß die Rückforderungskondiktion den Eigenthumsübergang nicht voraussetzt, muß auch für die Eigenthumstradition den Rechtsgrund fordern. Und wer den Rechtsgrund als Unterlage der Tradition erachtet, wie dies z. B. Wendt thut, kann nicht im vollen Widerspruche mit sich selbst die Kondiktionenlehre der Griechen als unrichtig bezeichnen.[79])

könnte. l. 27 §. 2 D. de auro 34. 3 (Argento omni legato, quod suum esset, sine dubio non debetur id, quod in credito esset: hoc ideo, quia non videtur suum esse, quod vindicari non possit). Aber es ist zu berücksichtigen, daß es sich in der Stelle nur um die Auslegung eines im Testamente gebrauchten Wortes handelt. Ferner soll nur hinsichtlich einer Geldforderung die Ansicht abgewehrt werden, daß das geschuldete Geld bereits Eigenthum des Erblassers sei. Eine solche Ansicht wäre zweifellos unrichtig. Endlich handelt es sich um Geld, hinsichtlich dessen selbst die Rückforderungskondiktion unter besonderen Regeln steht.

[78a]) Wenn nun aber das Eigenthum das Recht ist, die Sache in Folge der exceptio justi dominii zu behalten, so kann der mit einer Rückforderungskondiktion Beklagte nicht Eigenthümer sein, weil er nicht das Recht hat, die Sache zu behalten. Auch Hellmann wird daher den Kondizenten als Eigenthümer ansehen müssen, wenn nicht das Eigenthum in der Luft schweben soll.

[79]) Wendt (Jahrbücher für die Dogmatik Bd. 29 S. 29 ff.) ist trotz seiner Ausführungen in seinem Pandektenwerke unserer Ansicht soweit gefolgt, daß er die Nothwendigkeit der causa für den Eigenthumsübergang annimmt. Die Lehre, daß die condictio den Eigenthumsübergang stets voraussetzt, will er dagegen nicht aufgeben. Um den auf der Hand liegenden Gegensatz zu vermeiden, sollen daher nach seiner Ansicht alle Kondiktionen erst aus der Verwendung entstehen. Dieser Ausweg ist einfach unmöglich, weil er gegen alle Grundsätze der Kondiktionenlehre und alle Bestimmungen neuerer

Digitized by Google

Die letzteren verwerfen daher in voller Konsequenz sowohl das Konditionendogma wie das Konsensprinzip der heutigen Doktrin. Der Eigenthumsübergang wird von ihnen an den Rechtsgrund gebunden.

B. L. 1. 29.:

Παράδοσις, εἰ μὴ πρᾶσις ἦ, ἢ ἄλλη εὔλογος αἰτία, οὐ μεταφέρει δεσποτείαν.

Traditio, nisi venditio sit aut alia justa causa, dominium non transfert.

Ja sie gehen (XLVII. 1. 32. Not. 3) soweit, daß sie in dem Falle, daß eine geschenkte Summe dem Schenker sofort zum Darlehn gegeben wird, den Eigenthumsverlust und den Eigenthumserwerb lediglich durch Bezugnahme auf die beiden Rechtsgründe rechtfertigen:

ὅθεν ἐὰν ἀντιδανείσῃς μοι τὰ νομίσματα, καινὴν δεσποτείαν κτῶμαι νῦν ἐπ' αὐτοῖς, ἀποκτησάμενος μὲν τὴν προτέραν δεσποτείαν διὰ τῆς δωρεᾶς, κτησάμενος δὲ τὴν καινὴν διὰ τοῦ δανείου.

Unde si nummos eosdem mutuo mihi dederis, novum dominium in his acquiro, dominio quidem priorem per donationem amisso, novo autem ex causa mutui quaesito.

Derselben Ansicht ist Theophilus (II. 1. §. 40). Er geht zunächst von der der Auffassung aus, daß die Tradition im Gegensatz zu den Erwerbsakten des Civilrechts[80]) ein naturaler Akt sei, und

---

und moderner Gesetzbücher verstößt. Wendt hat sich so zwischen zwei Stühle gesetzt. Entweder muß er zur Pandektenlehre zurückkehren oder unsere Ansicht ganz acceptiren. Beides kann er nur, wenn er einen großen Theil seiner Ausführungen opfert.

[80]) Die Ansicht, daß Theophilus bei seiner Ausführung an die Solennitäten der Civilakte gedacht hat, theil en fast alle Schriftsteller. Aus unserer Ausgabe des Theophilus entnehmen wir folgende Aussprüche:

hoc est citra solemnitatem fieri ait, qua in re a mancipatione differre colligimus, quod et indicat Ulpianus tit. de dominiis 19. §. 8. 4. 5. 6. 7 (D. Goth.).

Mancipatio autem solemn iter fiebat, Ulp. tit. I. (vide Cujac. lib. 9. observ. c. 19 ex Edit. 2) (Fabr.).

ac liberam nimia juris observatione (G. O. R.).

Digitized by Google

daß es angemessen sei, den Willen des seine Sache übergebenden Eigenthümers anzuerkennen.

> *τί ἐστι τραδιτίων; ἡ ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις, εὐαπάλλακτον καὶ ἀπερίεργον καὶ φυσικὴν τὴν πρᾶξιν ἔχουσα· οὐδὲν γὰρ οὕτω τῇ φύσει συνᾴδει, ἢ τὸ βεβαιοῦσθαι τὴν τοῦ δεσπότου γνώμην, τὸ οἰκεῖον πρᾶγμα μετατιθέντος εἰς ἕτερον.*
>
> quid est traditio? de manu in manum translatio, perfunctione facilem minimeque negotiosam ac naturalem actionem continens. Nihil enim naturae sic convenit, quam domini suam rem in alium transferentis voluntatem confirmari.

Auch hier ist schon aus den Worten des Theophilus ersichtlich,[81]) daß er bei seiner Deduktion an die solennen Erwerbsakte des Civilrechts gedacht hat. Die Beseitigung der Solennitäten dieser Akte hat er im Auge, nicht die Beseitigung der causa für die Tradition. Gleichsam um jeden Zweifel auszuschließen, stellt er die Nothwendigkeit des Rechtsgrundes wiederholt fest.

> *ἀλλ' εἰ μὲν δεσπότης τραδιτεύσῃ μοι τὸ οἰκεῖον πρᾶγμα ἀπὸ δωρεᾶς ἢ προικὸς ἢ ἐξ ἄλλης οὑᾶς δήποτε αἰτίας, οἷον ἀπὸ περμουτατίονος, ἀναμφιβόλως μεταφέρει τὴν δεσποτείαν ἐπὶ ἐμέ.*

---

[81]) Den entsprechenden Satz (Recht an der Sache S. 118) schien uns Wendt dahin mißverstanden haben, daß wir dem Justinian die Absicht zuschreiben wollen, die solennen Erwerbsakte des Civilrechts zu rechtfertigen. Dies bloße Mißverständniß hat der Verfasser (Jahrbücher Bd. 29 S. 429) berichtigt. Auch Rocholl erkennt an, daß die Polemik von Wendt, der in der Hauptsache mit unseren Ausführungen übereinstimmt, vielfach auf bloßem Mißverständniß beruht. (Rechtsfälle Bd. 2 S. 2. S. 444 Anm. 1.)

Trotzdem hat Endemann die von Wendt gegen unsere Auffassung erhobenen Vorwürfe zu den seinigen gemacht. Gegenwärtig scheint auch er die Bemängelung im materiellen Sinne fallen zu lassen, indem er (Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 41) erklärt, daß es sich nur um die Manier der Quelleninterpretation des Verfassers handele. In dieser Beziehung enthält sich der Verfasser jeder Gegenbemerkung. Es genügt, wenn die Quelleninterpretation zu einem Resultate führt, dessen Richtigkeit man vergeblich bestreitet. Im Uebrigen werden Wendt und Endemann von Strohal, Rocholl, Meißner als Anhänger der von uns vertretenen Ansicht angeführt.

Digitized by Google

Sed siquidem dominus tradiderit mihi rem suam ex donatione vel dote, vel ex alia quacumque causa, veluti ex permutatione, indubitate dominium in me transfert.

Ja hinsichtlich der Kaufstraditon wiederholt er noch einmal das Erforderniß der causa, indem er außer derselben die Zahlung des Kaufpreises fordert, während Justinian allerdings an der entsprechenden Stelle diese überflüssige Wiederholung fortläßt:

Ὥστε οὖν ἀεὶ μὲν ἐξ ἑτέρας αἰτίας τραδιτεύων δεσπότης, μεταφέρει τὴν δεσποτείαν· ἐπὶ δὲ πράσεως οὐχ ἑτέρως, εἰ μὴ λάβῃ τὸ τίμημα . .

Itaque ex alia causa tradens dominus dominium semper transfert. In venditione autem non aliter, nisi pretium acceperit.

Es kann daher kaum irgend welcher Zweifel darüber obwalten, daß Theophilus in voller Uebereinstimmung mit Gajus und Justinian für die Eigenthumstradition die causa fordert. Durch die Bezugnahme auf den Willen wird sie nicht ausgeschlossen, denn beide Erfordernisse stehen nebeneinander, und überhaupt haben Griechen und Römer nur den kausalen Willen als einen rechtlich erheblichen anerkannt.[82])

Da die Griechen den Rechtsgrund als ein überall nothwendiges Requisit der Tradition festgehalten haben, ist es selbstverständlich,

---

[82]) Vergl. B. II. 3. 116 (l. 116 D. de V. S.).

Ὁ πλανώμενος οὐ δοκεῖ συναινεῖν.

Errans non videtur consentire.

Dementsprechend haben wir ausgeführt, daß die Giltigkeit eines Rechtsgeschäfts in subjektiver Hinsicht dadurch bedingt ist, daß die Kontrahenten ein Rechtsverhältniß lösen oder begründen wollen, in objektiver Beziehung dadurch, daß das Rechtsverhältniß existire oder zu Stande komme. Dem gegenüber bemerkt Endemann: „Einen besonders klaren Begriff giebt uns der Satz: „Der Wille des Rechtsgeschäfts ist identisch mit der subjektiven causa."

Im Allgemeinen ist jedoch anerkannt, daß ein vernünftiger Mensch nur mit Rücksicht auf einen Zweck wollen könne. So sagt Witte (Bereicherungsklage S. 53): „Ein dispositionsfähiger Mensch muß sich darüber klar sein, welche Bestimmung die Leistung bei dem Empfänger haben soll. Die Annahme des Gegentheils würde die Handlung zu der eines Blödsinnigen stempeln." Wir müssen daher bei unserer Behauptung stehen bleiben, daß ein Gesetzgeber seinen Bestimmungen nicht einen Willen zu Grunde legen darf, den ein dispositionsfähiger Mensch nicht haben kann.

Digitized by Google

daß sie die l. 36 D. de A. R. D. 41. 1. in unserem Sinne auffassen. Nicht die Existenz der causa, sondern nur der Irrthum über die trotz desselben bestehende causa wird für unerheblich erklärt. B. L. 1. 35.

> *Εἰ περὶ τὸ παραδιδόμενον σῶμα, οὐ μὴν τὴν αἰτίαν τῆς παραδόσεως συναινοῦμεν, μεταφέρεται δεσποτεία.*
>
> Si circa corpus, quod traditur, non autem circa causam traditionis, consentiamus dominium transfertur.

Es genügt somit stets für die Wirksamkeit der Tradition, daß trotz vorhandenen Irrthums eine causa vorliegt[83]) oder zu Stande kommt. Der Widerspruch der beiden Gesetze (l. 36 D. de A. R. D. 41. 1 und l. 18 de R. Cr. 12. 1) wird daher nicht darin erblickt, daß die eine die causa voraussetzt, die andere nicht,[84])

---

[83]) Die Glossa Non fieri zur l. 18 D. de R. C. denkt sogar nur an den vorhergehenden Titel: quod ibi de donando promissio vel debitum praecesserit traditionem.

[84]) Darüber, daß die Griechen den Eigenthumsübergang durch den, wenn auch nachträglich, zu Stande gekommenen Titel gerechtfertigt haben, kann füglich ein Zweifel nicht sein.

B. XXIII. 1. 18 Not. 7:

> *ἐπὶ μέντοι τοῦ πρώτου θέματος, ἔνθα ἐγὼ μὲν παρεῖχον ὡς δωρούμενος, σὺ δὲ ὡς δανειζόμενος ἐλάμβανες, εἰ καὶ μὴ τὴν ἀρχὴν συνέστη κατὰ νόμον ἡ δωρεά, ὅμως, ὅτι ὧν κέχρησαι τῇ τοῦ δόλου παραγραφῇ, νῦν προδήλως ἐπὶ τῇ δωρεᾷ συναινεῖς.*
>
> In priore tamen casu, ubi ego quasi donaturus dedi, tu vero quasi mutuam accepisti, licet initio secundum legem donatio non constiterit, tamen quia uteris doli exceptione, nunc evidenter consentis.

Derselben Ansicht ist übrigens auch die Glossa Consumpserit zu l. 18 D. de R. C. (quia quum exstent utriusque volunte reconciliari posset donatio).

Allerdings könnte man es regelwidrig finden, daß dem Geschenkgeber nicht die Möglichkeit gelassen werden soll, bis zur Acceptation seine Offerte zurückzuziehen. Aber wenn wir auch keineswegs die Lehre von der bindenden Kraft der Offerte soweit ausdehnen möchten, wie es im Entwurfe geschehen, so ist doch zuzugeben, daß auch das römische Recht ausnahmsweise bindende Offerten kennt. Wer das Eingehen eines Vertragsverhältnisses dadurch anbietet, daß er eine fremde Sache verbraucht oder in fremde Angelegenheit eingreift, kann die Genehmigung gewiß dadurch nicht verhindern, daß er seinen Willen zurückzieht. Aehnliche Billigkeitserwägungen haben dahin geführt, die Offerte im gegebenen Falle wenigstens nach der Konsumtion des Geldes für bindend zu erachten.

Digitized by Google

sondern darüber wird nach dem Wortlaute der Fragmente gezweifelt, ob eine genügende causa bereits in der Tradition oder erst in der Konsumtion zu erblicken, ob die exceptio doli dem Empfänger des als Geschenk hingegebenen und als Darlehen angenommenen Geldes sofort nach der Tradition oder erst nach der Konsumtion zusteht. Für das erste spricht mehr die Ausführung des Julian in der l. 36. l. c, für das zweite mehr die Ausführung des Ulpian in der l. 18 D. l. c. Und in der That haben beide Ansichten Billigkeitsgründe für sich. Man kann es für billig finden, daß der Geschenkgeber nach der Tradition seinen Schenkungswillen überhaupt nicht mehr zurücknehmen kann, sodaß es dem Empfänger gestattet ist, nachträglich zu acceptiren. Andererseits kann man der Ansicht sein, daß diese Billigkeitserwägungen erst dann zu Gunsten des Empfängers sprechen, wenn er das Geld nach dem Willen des Tradenten verbraucht hat. In jedem Falle kommt ein Rechtsgrund zu Stande, welcher den Eigenthumsübergang trägt.[85]) Allerdings sprechen die Griechen auch davon, daß die Kontrahenten in der Uebertragung des Eigenthums einig seien. Dies geschieht aber nur deshalb, um das Zustandekommen eines Rechtsgrundes zu begründen. Ganz klar ergiebt sich dies aus der Beurtheilung des umgekehrten Falles, wenn der Tradent ein Darlehen geben, der Gegentheil das

[85]) Geht man davon aus, daß die exceptio erst im Momente der Konsumtion entstehe, so ist, wenn man die Gesetze vereinigen will, die l. 36 l. c dahin zu verstehen: Zwar geht das Eigenthum über, aber unter einer Resolutivbedingung, so daß der Empfänger nur Eigenthümer bleibt, wenn er das Geld verbraucht:

εἰ καὶ μεταφέρεται ἡ δεσποτεία κατὰ τὸ λστ'. κεφ. διὰ τὴν περὶ αὐτῆς ὁμογνωμοσύνην τῶν μερῶν, ἀλλά γε διὰ τὴν περὶ τὴν σύστασιν πλάνην τοῦ συναλλάγματος, οὐ μένουσιν ἀναφαίρετα τῷ παραλαβόντί . .

licet dominium translatum sit secundum cap. 36 propter partium consensum, tamen propter errorem circa contractum ineundum non manere nummos apud accipientem, ita ut adimi non possint, nisi consumti sint.

Nimmt man an, daß die exceptio sofort nach der Tradition gegeben werde, so ist in Bezug auf l. 18 D. de R. Cr. nach Not. 4 B. XXIII. l. 18 auszuführen, daß nach allgemeiner Regel die exceptio aus der Konsumtion auch vorher gegeben werde. Freilich ist nicht abzusehen, warum eine Meinungsverschiedenheit zwischen Julian und Ulpian in einem so untergeordneten Punkte nicht zugegeben werden soll.

Digitized by Google

Geld als Geschenk in Empfang nehmen will. Das Zustandekommen des Vertrages und folglich die Möglichkei einer exceptio für den Empfänger wird geleugnet. Dieselbe kann sich nur auf den wenigstens nachträglich zu Stande gekommenen Konsens stützen.

B. XXIII. 1. 18 Not. 7:

συναινούντων δὲ περὶ τὴν δωρεὰν ἑκατέρων, καὶ τοῦ δεδωκότος καὶ τοῦ εἰληφότος, συνίσταται αὕτη, καὶ ἀργεῖ ἡ ἀπαίτησις.

Die Meinung der Griechen über den berühmten Fall der l. 18 D. de R. C. ist also folgende: Zwar kommt mit der Hingabe und Empfangnahme des Geldes ein Kontrakt von Anfang an nicht zu Stande, wenigstens ist der Empfänger nicht gebunden, aber derselbe kann nachträglich acceptiren, sodaß dadurch das Eigenthum übergeht. Ob der Tradent bis zur Konsumtion widerrufen kann, bleibt zweifelhaft. Jedenfalls ist der Eigenthumsübergang nur durch den Rechtsgrund zu rechtfertigen, und die Annahme des Eigenthumsüberganges schließt gerade die condictio aus (*ἡ ἀπαίτησις*). Auf die eigenthümliche Auffassung der modernen Theorie, daß Julian in der l. 36 D. de A. R. D. von einem Eigenthume der unberechtigten Besitzer spreche, welches durch die condictio gebrochen werden könne, sind die Griechen überhaupt nicht gekommen.[86])

Der Begriff des Eigenthums als des materiellen Rechts, die

[86]) Wendt (Jahrbücher XXIX. S. 54) hat sich unseren Ausführungen insofern angeschlossen, als er annimmt, daß auch im Falle der l. 36 D. de A. R. D. die Tradition einen Vertrag hinter sich habe. Endemann meint, daß sie das Gegentheil festsetze. Er scheint die Interpretation, welche sich in den Schriften nach Savigny findet, für eine feststehende zu halten. Jedoch stehen ihr nicht bloß die griechischen Auslegungen, sondern selbst die Glossen zu den l. 18 D. de R. C. und l. 36 D. de A. R. D. entgegen. Auch haben gerade quellenkundige Juristen niemals die Ansicht aufgestellt, daß die l. 36 D. de A. R. D. die Nothwendigkeit der causa direkt negire. Vielmehr sagt sie nach ihrem Wortlaute nur, daß der Irrthum über die causa gleichgültig sei. Es wird aber von unseren Gegnern dahin geschlossen: Der Irrthum über die causa verhindert auch das Entstehen derselben, mithin ist in der Stelle von der causa überhaupt abgesehen. Jedoch ist der Vordersatz dieses Schlusses unrichtig. Trotz des Irrthums bei der Tradition kann eine causa vorausgegangen sein und selbst entstehen, weil nicht jeder Irrthum das Zustandekommen des Vertrages hindert, sondern nur der wesentliche. Die Deduktion unserer Gegner geht daher von einer falschen Voraussetzung aus.

Digitized by Google

Sache zu behalten, wird von den Griechen und Römern auch in der Lehre von den sonstigen Erwerbsarten festgehalten. In der Usukapionslehre wird bestimmt, von welcher Zeit ab und unter welchen Bedingungen der Besitzer die Sache gegen die früher Berechtigten behalten kann. Wir begnügen uns, zur Bekräftigung dieses selbstverständlichen Satzes einen Ausspruch des Theophilus zu citiren. II. 6 § 12:

> *ὁ τούτου κληρονόμος ἢ* bonorum possessor *τὸν ἐπίλοιπον χρόνον νεμηθείς, ἀναφαίρετον ἕξει τὸ πρᾶγμα . . .*
>
> Hujus heres vel bonorum possessor reliquo tempore possidens rem tenebit irrevocabilem . . .

Wenn ferner darüber gestritten wird, ob der Putativtitel auch gegen den Tradenten die Usukapion oder Präskription begründe, so wäre dieser Streit ziemlich unverständlich, wenn die Griechen und Römer den Uebergang des Eigenthums schon aus dem Putativtitel gefolgert hätten. Denn von Demjenigen, der schon in Folge der Tradition aus einem Putativtitel Eigenthümer sein soll, läßt sich weder behaupten, daß er das Eigenthum erst durch die Usukapion erlangen müsse, noch daß er es auch durch die Usukapion nicht erlangen könne. Wenn der Putativtitel nicht einmal dazu geschickt ist, die Möglichkeit der Usukapion oder Präskription zu begründen, wird er die Kraft, das Eigenthum zu übertragen, noch weniger besitzen.[87])

---

[87]) Hellmann bemerkt hinsichtlich aller unserer mit der Ansicht der Griechen übereinstimmenden Ausführungen, daß die Rückforderungskondiktion den Eigenthumsübergang nicht voraussetze und der Eigenthumsübergang an den Rechtsgrund zu binden sei: „Weiter läßt sich wahrlich die Verständnißlosigkeit den Quellen gegenüber kaum treiben." Er wird diesen Ausspruch vermuthlich dahin einschränken müssen, daß er die Quellen anders interpretirt als der Verfasser und die Griechen. Auch dann wird es ihm schwer werden, die Richtigkeit seiner Quelleninterpretation nachzuweisen.

Insbesondere soll der von Hellmann erhobene Vorwurf unsere Auffassung der l. 46. 48 D. 41. 3 treffen. Wir gingen bei unseren angegriffenen Erörterungen von der Auffassung aus, daß die römischen Juristen auf Grund des Putativtitels die Ersitzung oder Präskription auch gegen den Tradenten in den gedachten Gesetzen gestatten. Wären sie nun der Meinung gewesen, daß die Tradition auf Grund des Putativtitels bereits Eigenthum übertrage, so hätten sie nicht sagen können, daß der Empfänger es erst durch die Ersitzung erlange. Freilich könnte man die gedachten Gesetze auch dahin verstehen, daß es sich um eine dem Tradenten nicht gehörige Sache handelt, und daß nur

Digitized by Google

Auch bei der Lehre von der Okkupation, der Spezifikation, der Adjudikation u. s. w. ist überall der Gesichtspunkt festgehalten, daß durch diese Akte das Recht erlangt wird, die Sache zu behalten. Der merkwürdige Wechsel im Eigenthumsbegriffe, je nach dem ein freiwilliger Erwerbsakt vorliegt oder ein Erwerbsakt auf Grund eines gesetzlichen Titels, ist im Wesentlichen eine Errungenschaft erst der allerneuesten Zeit.[88]) [89])

---

dem dritten Eigenthümer gegenüber Ersitzung und Präskription zugelassen werden sollen. Dies nehmen in der That einige an. Jedoch enthalten die Gesetze selbst von diesem Erfordernisse nichts. Wenn Hellmann die Fragmente in dem gedachten Sinne aufgefaßt hat, so ist ihm zuzugeben, daß sie weder für unsere Meinung, noch für die herrschende etwas beweisen. Auch hier haben wir nicht die Absicht, auf die vielen Streitigkeiten über die Wirkung des Putativtitels bei der Usukapion einzugehen, wir stellen nur die Richtigkeit unserer Bemerkungen für den Fall fest, wenn man die Streitigkeiten darauf bezieht, ob der Empfänger auf Grund eines Putativtitels auch gegen den Tradenten ersitzen oder präskribiren könne.

[88]) Hinsichtlich der vom bonae fidei possessor perzipirten, aber bei der Litiskontestation noch nicht konsumirten Früchte sind die Basiliken zwar der Ansicht, daß sie ganz oder jedenfalls zum Theil an den klagenden Eigenthümer herausgegeben werden müssen. Dem Besitzer wird aber auch nur das Eigenthum Dritten gegenüber zugeschrieben, nicht gegenüber dem Eigenthümer der Sache. B. XXIII. 3. 25 Not. 5.

πρὸς γὰρ τὸν ἀληθῆ δεσπότην ἅμα τῷ γνῶναι κακῇ πίστει νομεὺς γίνεται ἐπὶ τοῖς καρποῖς.

Nam si verus dominus agat, simulac cognovit alienum esse, fructuum nomine malae fidei possessor fit.

In dieser Weise wird der Begriff des Eigenthums als der des Rechts zu behalten gewahrt.

[89]) Hellmann bemerkt: „Hätte der Verfasser richtig gesehen, so wäre zu bekennen, daß die Doktrin des Pandektenrechts und mit ihr die deutsche Gerichtspraxis — das Letztere will der Verfasser allerdings nicht gelten lassen — sich von jeher in einem gründlichen Irrthum über den Sinn des römischen Rechts befunden hat." Diese Bemerkung dürfte nur richtig sein, wenn man sie auf die Litteratur nach Savigny beschränkt. Im vollen Gegensatze zu Hellmann beschuldigt daher Wendt den Verfasser, daß er die Pandektenlehre als stereotyp und starr geworden betrachtet habe: „In Vergangenheit und Gegenwart giebt es zahlreiche Stimmen, welche die justa causa traditionis zur Voraussetzung des Traditionserfolges machen." Beide Vorwürfe heben sich gegenseitig auf. Die Darstellung der Geschichte der Traditionslehre, wie des Konditionendogmas, welche wir Recht an der Sache S. 97—102, S. 124—128

Digitized by Google

Dem Eigenthume als dem Rechte, die Sache zu behalten oder zurückzufordern, tritt das Forderungsrecht gegenüber. Dasselbe wird von dem allgemeinen Begriffe des Rechts an der Sache umschlossen, aber es ist ein schwächeres Recht. Dieser Meinung sind jedenfalls schon die Griechen.

Auch nach der Ansicht des Theophilus geht das Vertragsrecht, soweit nicht ein reines Faktum erzwungen werden soll, auf die Sache, auf etwas Körperliches.

Th. II. 2 § 2:

καὶ τὸ ἐκ τῆς ἐνοχῆς ἡμῖν ἐποφειλόμενον, ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον, σωματικόν ἐστιν . .

quod nobis ex obligatione debetur, ut plurimum corporale est.

Ja das Forderungsrecht selbst wird als ein körperliches Recht bezeichnet.

καὶ ἡ ἐνοχὴ σωματικά ἐστιν, ἐπειδὴ τὰ ὑποπεπτωκότα αὐτοῖς (ὡς εἴρηται) ἐστὶ σωματικά.

obligatio est corporalis, quoniam quae his subjacent, (ut dictum est) corporalia[90]) sint.

Theophilus steht also der modernen Auffassung, daß das obligatorische Recht des Gläubigers nicht schon den speziellen Gegenstand ergreife (Motive zum Entwurf Bd. II S. 5), vollständig fern. Gegenstand selbst der Stipulation ist ihm die Sache.

III. 19 pr.:

Τέως δὲ εἰδέναι χρὴ, ὅτι πᾶν πρᾶγμα, ὃ τῇ ἡμετέρᾳ ὑποπίπτειν δύναται δεσποτείᾳ, ὀρθῶς εἰς ἐπερώτησιν κατάγεται, εἴτε κινητὸν εἴη εἴτε ἀκίνετον.

---

gegeben haben, dürfte durchaus korrekt sein. Auf unserer Seite stehen die Auslegung der Griechen, selbst die der Mehrzahl der Glossatoren, die Praxis, die modernen Gesetzgebungen des In- und des Auslandes. Dagegen hat die früher fast vereinzelt dastehende Meinung des Accursius und Donellus durch die Autorität Savignys in der deutschen Litteratur einen vollständigen Sieg errungen.

90) Trotzdem ist die Verhaftung des Vermögens, das ipsum jus obligationis ein incorporale. Gajus II. §. 14.

Digitized by Google

Principio autem scire oportet, rem omnem, quae nostro dominio subjacere potest, recte in stipulationem deduci, sive mobilis sit sive immobilis.[91])

Aber wenngleich das Recht, eine Sache zu fordern, als ein auf Herausgabe der Sache gerichtetes Recht an der Sache bezeichnet werden muß, ist es doch ein schwächeres Recht, als das Eigenthum.

B. II. 3. 204 (l. 204 D. 50. 17):

Ἥττων ἐστι τὸ ἔχειν ἀγωγήν, ἤπερ τὸ πρᾶγμα.

Minus est, habere actionem, quam rem.

Der verkaufte Gegenstand tritt noch nicht völlig aus dem Machtbereiche des Verkäufers heraus, zumal dieser zu Gunsten gutgläubiger Dritter verfügen kann.

B. II. 2. 64 (l. 67 D. 50. 16):

Τὸ πραθὲν καὶ ὂν παρὰ τῷ πράτῃ οὐ λέγεται ἐκποιηθὲν, ἀλλά πραθέν.

Quod venditum est et adhuc penes venditorem est, non dicitur alienatum, sed venditum.

Dem Käufer fehlt die Sachklage (B. XV. 1. 49. *Ο ἀγοραστὴς πρὸ παραδόσεως οὐ ἔχει τὴν ἐπ' αὐτῷ τῷ πράγματι ἀγωγὴν*). Der Verkäufer haftet ihm auf das Interesse. (B. XIX. 8. 59. *ἐπὶ τῷ διαφέροντι ἐνέχεται*). Die Verfügungen des noch besitzenden Verkäufers werden anerkannt.

B. XIX. 8. 66 (l. 11 C. 4. 49):

Καὶ ὅτι ὁ πράτης πρὸ τῆς παραδόσεως δύναται ἐλευθερῶσαι τὸ πραθὲν ἀνδράποδον, μετὰ δὲ τὴν παράδοσιν οὐδαμῶς.

Venditor ante traditionem mancipium venditum manumittere potest, minime vero post traditionem.

Durch diesen Grundsatz wird unseres Erachtens nicht ausgeschlossen, daß dem Käufer nach allgemeinen Regeln gegen schlecht-

---

91) Gerade weil Theophilus den Sklaven bereits als verkauft betrachtet (*τοιγαροῦν εἴτε οἰκέτης ἐστὶν ὁ πεπραμένος*, sive igitur servus sit venditus), er dem Käufer schon ein Recht an demselben zuschreibt, läßt er ihn die Gefahr tragen (*ἡ ζημία τὸν ἀγοραστὴν ὁρᾷ*, damnum ad emtorem spectat).

Im Uebrigen haben wir oben schon ausgeführt, daß, wenngleich die Kondiktionen nicht auf die Sache selbst gerichtet sind, sie doch die Herausgabe derselben anstreben.

Digitized by Google

gläubige Dritte eine Klage aus dem Dolus zusteht, denn niemals haben die Römer den Betrug geschützt.[92])

Hiernach dürften schon die Griechen von der Anschauung ausgegangen sein, daß der Käufer ein durch die Obligation geschütztes schwächeres Recht an der Sache hat. Trotz aller entgegengesetzten Bestrebungen unserer romanistischen Theorie drängt die moderne Rechtsanschauung darauf hin, diesen Gedanken voll zu entfalten, indem dem Käufer neben der Haftklage eine Sachklage ohne Folge gegeben wird.[93])

Cousin, contrats entre absents S. 224:

> La convention a acquis dans notre droit moderne une puissance particulière: elle opère par elle seule la creation ou le transport des droits réels. Mais le legislateur, pour ménager l'intérêt des tiers, a limité cet effet aux rapports des contractants entre eux.

Unsere Pandektentheorie steht dieser Rechtsanschauung geschlossen gegenüber und verhindert es, daß die Gesetzgebung des Deutschen Reichs diesen bereits im preußischen Landrechte angebahnten Fortschritt mitmache und so gegen eine verfehlte Doktrin zur ersten Auslegung des römischen Rechts zurückkehre. Der Grund der Theorie ist, daß Obligation und Recht an der Sache sich ausschließende Gegensätze seien. Aber dieser Grund ist unrichtig, da nur die obligatio ad dandum mit einem bereits bestehenden Rechte an der Sache unverträglich ist.

Der Grundsatz, daß das Recht an der Sache durch den Vertrag entsteht, und daß Tradition und Eintragung das so entstandene

---

[92]) Dies Klagrecht aus dem Dolus des zweiten Käufers hat die Praxis stets anerkannt, wie dies von uns Recht an der Sache S. 69 ff. ausgeführt ist. Der hiergegen von Hellmann erhobene Widerspruch erscheint uns unbegründet. Nur darin hat er zweifellos Recht, daß der von uns vertheidigte Rechtssatz nicht unmittelbar aus l. 9 §. 4 D. 6. 2 folgt.

[93]) Eigentlich läßt es sich nicht leugnen, daß der moderne Käufer eine doppelte Klage hat, eine Klage auf Herausgabe der Sache selbst, eine Klage auf das Interesse, soweit die Herausgabe nicht erfolgt. Nach unserer Rechtsanschauung werden nur die verschiedenen Klagerechte gesondert. Dagegen werden sie nach der Pandektentheorie zusammengeworfen, indem zugleich das durch die Obligation geschützte Vertragsrecht an der Sache überhaupt geleugnet wird.

Digitized by Google

Recht nur verstärken, erlangt seine größte Bedeutung auf dem Gebiete des Grundbuchrechts.[94]) Es ist unmöglich, daß man das Recht des Käufers, zumal wenn ihm bereits tradirt ist, betrügerischen Auflassungen zu Gunsten betrügerischer Dritter preisgiebt. In Folge der scharfen Opposition hat man sich bereits dazu entschlossen, das Recht des besitzenden Miethers gegen Veräußerungen des Vermiethers zu schützen. Das Recht des besitzenden Käufers ist des Schutzes ebenso würdig, zumal nach der früheren Gesetzgebung das Recht des Miethers ein schwächeres war. Das Vorgehen zu Gunsten des Miethers hat nur dann eine Berechtigung, wenn man das System überhaupt aufgiebt.

Auch die Theorie scheint anzuerkennen, daß die Konsequenzen der auf das Gebiet des Grundbuchrechts eintretenden Pandektentheorie für den Verkehr unerträglich sind. Jedoch glaubt Hellmann alle in dieser oder ähnlicher Richtung sich bewegenden Ausführungen

---

[94]) Unsere Auffassung, daß die Eintragung nur dazu diene, das aus dem Titel hervorgehende Recht zu verstärken, ihm das Recht des Vorzugs, der Folge, unter Umständen das der Unabhängigkeit von dem Rechte des Auktors zu verleihen, wird auch von der französischen Theorie getheilt. Der im Texte erwähnte Schriftsteller fährt an der angegebenen Stelle fort:

> La loi de 1855 prescrit, pour rendre le transport opposable erga omnes, une forme de publicité consistant dans la transcription de certains jugements et des actes entre vifs, translatifs de droits qui affectent la propriété immobilière. L'observation de ces règles met l'acquéreur à l'abri de toute eviction provenant d'un acte de l'aliénateur posterieur à la transcription de son titre d'acquisition et même des actes antérieurs, mais non encore transcrits.

Es ist aufs Tiefste zu bedauern, daß diese Rechtsanschauung, welche im preußischen Landrechte und der Hypothekenordnung noch besser entwickelt war als in den französischen Gesetzen, für Deutschland in Folge eines Mißverständnisses des römischen Rechts aufgegeben ist.

Die Auffassung, daß das Vertragsrecht und selbst das Besitzrecht an dem Grundstücke eine bloße Obligation sei, wird in der Praxis sich überhaupt nicht aufrecht erhalten lassen. Schon jetzt bezeichnet das Reichsgericht die deskfallsigen Bestimmungen der preußischen Gesetze als Ausnahmen und schützt vielfach den bloßen Titel gegen arglistige Erwerber (R.-G. Bd. 3 S. 261 Nr. 74, Bd. 8 S. 176 Nr. 46, Bd. 15 S. 265 Nr. 61).

Wendt und Endemann scheinen daher auch unsere Ausführungen im Resultate und insbesondere vom legislatorischen Standtpunkte als berechtigt anzuerkennen.

Digitized by Google

de lege ferenda mit dem Hinweise abwehren zu können, daß die Gesetze den Wachenden geschrieben sind. Diesem Satze ist freilich eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen. Sobald ein Gesetzgeber Alles gethan hat, um dem Betruge und der Uebervortheilung entgegenzutreten, kann er sich bei diesem Satze beruhigen, wenn bei der Unvollkommenheit aller menschlichen Einrichtungen er sein Ziel nicht ganz erreicht. Diese Erwägung rechtfertigt es aber nicht, gute Gesetze abzuschaffen und neue einzuführen, die dem Betruge und der Uebervortheilung die Pforten öffnen.[95])

Dem Rechte an der Sache tritt in dem von uns nach Anleitung der Griechen entwickelten Systeme ganz scharf der Begriff der Obligation gegenüber. Sie dient, indem sie die Person und ihr Vermögen verhaftet, zum Schutze aller Rechte, welche ein dare, facere, praestare zulassen. Nun ist es freilich richtig, daß die obligatio ad dandum mit dem bestehenden Rechte und dem Eigen-

---

[95]) Allerdings hat Hellmann noch andere, unsere Theorie mißbilligende Bemerkungen mit Bezug auf das Grundbuchrecht vorgebracht. Dieselben treffen jedoch eine Meinung, die wir überhaupt nicht theilen. Von vornherein sucht er uns durch die Bemerkung zu widerlegen, von uns müsse zugegeben werden, daß nach dem Entwurfe Eigenthum gar nicht durch bloße Eintragung, sondern durch die auf dem dinglichen Vertrage beruhende Eintragung entstehe. Er übersieht, daß sich unsere Ausführungen gerade gegen diese Konstruktionen richten, und zwar in doppelter Beziehung, weil das materielle Recht zwischen den Kontrahenten von dem Rechtsgrunde abhängig ist, und weil die formale Verfügungsmacht lediglich auf die Eintragung, auch wenn sie ohne Auflassung erfolgt ist, gestützt werden müsse. Daraus wird der Satz abgeleitet, daß die Auflassungstheorie weder dem materiellen, noch dem formellen Rechte gerecht wird. Dagegen haben wir nichts dagegen einzuwenden, daß die Gesetzgebung formale Rechtsgeschäfte ohne Angabe des Rechtsgrundes zuläßt. Der Rechtsgrund ist nur für die Entstehung des materiellen Rechts erheblich. Wenn daher Hellmann weiter ausführt, es sei nicht einzusehen, was es Räthselhaftes an sich habe, wenn ein Gesetzgeber vorschreibt, daß zur Wirksamkeit eines Vertrages die Angabe seines Rechtsgrundes nicht erforderlich sei, so kritisirt er zweifellos nicht unsere Meinung. Wir müssen daher abwarten, daß unsere Ausführungen über Grundbuchrecht in anderer Weise angegriffen werden.

Im Uebrigen ist darauf hinzuweisen, daß selbst unsere Auffassung der Eigenthümerhypothek (Gruchot Bd. 20 S. 120—174, Recht an der Sache S. 82, 210, 295, Rechtsgeschäft S. 207—210) von Strohal (Jahrb. für Dogm. Bd. XXXI S. 280) gebilligt wird.

Digitized by Google

thume unverträglich ist. Denn ein Recht, das mir bereits zusteht, kann mir nicht erst verschafft werden. Dagegen wird die Pflicht zum restituere nicht bloß durch die Obligation geschützt, sondern bildet auch den Inhalt des Sachenrechts.[96]) Selbst der mit der bloßen Vindikation belangte Besitzer hat die Restitutionspflicht. Gerade weil der Käufer bereits ein schwächeres Recht an der gekauften Sache hat, kann er den Verkäufer in der Regel nur zwingen, es durch die Tradition zu verstärken. Für die gewährten Sachenrechte hat der Veräußerer schließlich einzustehen. Der Inhalt dieses Rechts wird durch die Obligation gedeckt.[97])

Nach dem von uns vertheidigten Systeme dürften die grundlegenden Begriffe des Privatrechts überall klar hervortreten. Insbesondere ist der Begriff der Kondiktion als einer die Entstehung

[96]) Daher wird die Pflicht zum Restituiren, zum Nichtthun, ja selbst zum Handeln, soweit letzteres insbesondere mit dem Begriffe der Servitut verträglich ist, durch die Sachlage festgestellt. l. 6 §. 5 D. si servitus vindicetur. 8. 5:

> Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur, forte ut reficiat lapide quadrato, vel lapide structili, vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est.

[97]) Die von uns nach Anleitung der griechischen Quellen entwickelten, von der französischen Jurisprudenz im Wesentlichen wieder aufgenommenen Begriffe lassen sich auch unter Verwendung des Wortes „dinglich" darstellen. Das dingliche Recht ist das Recht, eine in specie bestimmte Sache zu behalten, zurückzufordern oder zu fordern. Daneben stehen die Rechte auf nur in genere bestimmte Sachen und reine Handlungen, welche im Wesentlichen nur durch Obligationen geschützt werden.

Der dingliche Vertrag ist der Vertrag, welcher das dingliche Recht erzeugt, nicht aber der abstrakte.

Die dingliche Klage geht auf Herausgabe der Sache selbst, die obligatorische Klage stellt die zum Schutze der Rechte dienende Obligation fest.

Die deutsche Jurisprudenz hat ohne Erfolg daran gearbeitet, den Begriff der Dinglichkeit zu bestimmen. Alle Versuche mußten scheitern, weil das System, welches man zu Grunde legte, auf einem Mißverständniß des römischen Rechts beruht und in sich keine Begründung hat. Dagegen hat uns die französische Jurisprudenz deshalb überholt, weil sie sich souverän an das vermeintlich römische Rechtssystem überhaupt nicht band.

Dem Gesetzgeber wird zu rathen sein, daß er die doktrinären Streitigkeiten übersieht. Es genügt, wenn er das Forderungsrecht, das Besitzrecht, das Rückforderungsrecht richtig bestimmt und demnächst vorschreibt, welche Einwirkung die Eintragung auf diese Rechte ausübt.

Digitized by Google

des Rechts negirenden Klage auch in der Lehre vom Versprechen festzuhalten, so daß die Griechen mit Recht das Kausalprinzip überall durchgeführt haben. Schon Theophilus faßt den Charakter der formalen Verträge dahin auf:

> Litteris ἐστὶ, τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμενον ῥήμασι καὶ γράμμασι τυπικοῖς.
>
> litterarum obligatio est, vetus debitum per verba et scripta solemnia transformatum in novum creditum. III. 21.

Ebenso scharf wird es in den Basiliken betont, daß nur die Stipulation Kraft hat, welcher ein Rechtsgrund unterstehe.

B. XXIII. 1. 50 Not. 4:

> Ἡ γὰρ ἐπερώτησις ἀπὸ ἀληθοῦς καὶ ἐνυποστάτου χρέους ἐγένετο.
>
> Stipulatio enim facta fuerat ex vero et existente debito.

Ja es wird direkt für absurd erklärt, Jemand ohne Rechtsgrund für haftbar zu erachten.

Th. IV. 13 §. 1:

> ἀλλ' ἐπειδὴ ἄτοπόν ἐστι, μηδὲν ἐποφείλοντά σε κατὰ νόμους ἀπαιτεῖσθαι, τούτου χάριν κινοῦντι μοι τὴν ex stipulatu, ἀντιθήσεις παραγραφὴν λέγων . . .
>
> sed quia absurdum est, te nihil debentem secundum leges postulari, idcirco mihi ex stipulatu agenti exceptionem oppones dicens . . .

Wenn es daher auch richtig ist, daß die Klage aus der kausalosen Stipulation formell substantiirt ist, so wird der Kläger in Folge der Einrede doch abgewiesen, weil ihm der Beklagte in Wahrheit nichts schuldet.[98])

[98]) In dem Werke „Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund" ist die Natur der formalen Verträge an dem Wechsel erläutert. Aus dem bloßen Wechsel ist die Klage begründet. Der Beklagte hat den Mangel des Rechtsgrundes darzuthun. Der dritte gutgläubige Besitzer wird geschützt, weil er den Wechsel im guten Glauben erworben hat. Im Resultate steht der Verfasser sowohl auf dem Standpunkte von Bähr, wie demjenigen der Entscheidungen der Praxis. Trotzdem meint Endemann, daß der Verfasser Bähr mißverstanden habe, da Bähr in den Worten „nur da" eine ausdrückliche Ausnahme habe behaupten wollen. Mit den gedachten Worten hat aber

Digitized by Google

Einen Schuldner ohne Rechtsgrund kennen die Griechen überhaupt nicht.

B. II. 2. 10:

Δανειστής ἐστιν ὁ ἐξ οὑας οὖν αἰτίας χωρὶς διηνεκοῦς παραγραφῆς χρεωστούμενος, πολιτικῶς ἢ πραιτωρίως, οὐ μὴν ὁ φυσικῶς κεχρεωστημένος.

Creditor est, cui ex quacunque causa sine perpetua exceptione debetur civili vel honorario jure, nec vero, cui naturaliter debetur.

Bähr sachgemäß nur den Ausschluß der Einreden gegen dritte gutgläubige Erwerber feststellen wollen. Darin sind wir mit ihm einverstanden.

Materiell sucht Endemann unsere Ausführungen in folgendem Satze zu widerlegen: „Ein merkwürdiges Ding dieser Wechsel. Er ist ungültig und doch klagbar; dann ist es schon zu glauben, daß sich etwas umdreht."

Im Uebrigen ist die richtige Auffassung des formalen Vertrages, insbesondere des Wechselvertrages bei Adler, Realvertrag und Vorvertrag (Jhering's Jahrb. Bd. 31 S. 225 Nr. 45) vertreten: „Doch ist es offenbar, daß es eine absolute Gleichgültigkei des Rechts gegen die causa nicht giebt, und daß eine abstrakte Verbindlichkeit nur eine solche ist, für welche eine causa nicht zum Klagefundamente gehört."

Selbst Windscheid dürfte in seinem letzten Werke „Die indirekte Vermögensleistung" unsere Theorie gebilligt haben. Er führt mit uns aus, daß die Tradition und das Versprechen auf Anweisung durch zwei Rechtsgründe getragen werden könne, und daß aus den Quellen die abstrakte Natur derselben nicht zu rechtfertigen sei. Die Konsequenz ist, daß auch die nicht auf Anweisung erfolgenden Traditionen und Versprechen von ihrem Rechtsgrunde abhängen, denn die Traditionen und Versprechen auf Anweisung sind in der Regel weniger angreifbar als die ersteren. Die weitere Konsequenz ist, daß das Eigenthum der unberechtigten Besitzer, welche der condictio haften, nicht mehr anzuerkennen ist, da sie ja das Eigenthum ohne Rechtsgrund nicht erlangen können. Die Rückforderungskondiktion wird daher dem Eigenthümer gegen den Nichteigenthümer gegeben. Es fällt das heutige Pandektensystem überhaupt zusammen, sodaß die alte Meinung der griechischen Ausleger zurückkehrt.

Auch Späing (Wechselrecht S. 5) weist mit Recht darauf hin, daß gerade in der englischen Litteratur und Gesetzgebung beständig auf das dem Wechsel zu Grunde liegende Rechtsverhältniß zurückgegangen werde.

Wenn man für den Vertrag, welcher die Klage ohne Angabe der causa begründet und den Mangel der causa in die Exception wirft, den Ausdruck „abstrakter Vertrag" beibehalten will, so haben wir dagegen schließlich nichts einzuwenden, da wir nicht gegen bloße Worte streiten.

Digitized by Google

Es giebt überhaupt keine schärfere Verurtheilung der Lehre vom abstrakten Vertrage, als sie in den Schriften der Griechen zu finden ist. Doch müssen wir uns hier mit den wenigen Andeutungen begnügen. Eine eingehendere Darlegung behalten wir uns vor, sobald unsere Ausführungen in dem Werke „Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund" in einer eingehenden und sachgemäßen Weise angegriffen sein werden.

Nach allen unseren Ausführungen dürfte es kaum einem Zweifel unterliegen, daß das System, wie es von uns (Recht an der Sache) entwickelt ist, durch die volle Autorität der griechischen Ausleger getragen wird. Man könnte ihm auch den Vorzug vindiziren, der nationalen Entwickelung zu entsprechen. Denn auch nachdem die Glosse in Deutschland eingedrungen ist, haben sich die aus demselben hervorgehenden Rechtssätze erhalten. So gehen noch jetzt fast alle positiven Gesetze, z. B. das preußische Landrecht, von dem Grundgedanken aus, daß das Eigenthum und alle Rechte nur durch einen genügenden Rechtsgrund erzeugt werden können. Trotz aller theoretischen Anfeindungen hat sich das Vertragsrecht an der Sache erhalten und hat sich namentlich in den ausländischen Gesetzgebungen in klarer Weise zu einem schwächeren Eigenthume entwickelt. Es ließe sich also die Behauptung aufstellen, daß das von uns gebilligte System nicht bloß der ersten Auslegung des römischen Rechts entspreche, sondern auch durch die moderne Rechtsanschauung getragen werde, so daß es Vergangenheit und Zukunft für sich habe. Daß es sich durch seine praktische Brauchbarkeit empfiehlt, ist beinahe zugegeben. Denn alle Gegner von Wendt an suchen die Pandektentheorie nach den von uns vertretenen Grundsätzen auszubessern, und bezeichnen sogar das von ihnen trotzdem vertheidigte Pandektensystem als ein doktrinäres Juristengebilde. Als praktisch unhaltbar ist bisher keiner der von uns aufgestellten Sätze bekämpft, die Kritik geht nur dahin, daß sie mit dem römischen Recht nicht vereinbar seien. Zuletzt und vor allen Dingen wird aber auch der sozialpolitische Gesichtspunkt in Betracht zu ziehen sein. Die Grundsätze unseres Systems treten von vornherein dem Betruge und der Ausbeutung entgegen, indem sie die Wirkung der Rechtsgeschäfte wieder an die formellen und materiellen Erfordernisse binden und durch die Vorschrift des Rechtsgrundes den Richter zwingen, die

Digitized by Google

Lebensverhältnisse in's Auge zu fassen. Sie suchen den Glauben des soliden Verkehrs zu wahren. Mit bloßen Strafgesetzen wird gegen die Intelligenz des Verbrecherthums, die Wucherer, kaum etwas zu erreichen sein.

Dem gegenüber kommt in Frage, welche Stütze das in Deutschland theoretisch ausgebildete Pandektensystem überhaupt hat. Man hält es für römisches Recht. Der Glanz des klassischen Alterthums hat uns zu Dienern desselben gemacht. Aber schon die aus dem römischen Rechte entnommene Stütze schwankt. Eigentlich ist es unzweifelhaft, daß die heutige Doktrin der ersten Auslegung des römischen Rechts nicht entspricht. Vielleicht wird man behaupten, daß schon die Griechen das römische Recht vergewaltigt haben. Aber es ist bedenklich, ob sich diese Behauptung beweisen oder auch nur glaubhaft machen läßt, da sich die Griechen überall auf den direkten Wortlaut der Pandektenfragmente stützen. Gegen den Verfasser läßt sich der Vorwurf der Vergewaltigung des römischen Rechts unter dem Schutze der herrschenden Vorurtheile mit leichter Mühe erheben, in einem ganz anderen Lichte wird er erscheinen, wenn er sich gegen die gelehrten Männer richtet, welche das römische Recht noch aus der Praxis gekannt haben, und von denen einer vermuthlich der Verfasser der von ihm kommentirten Gesetze selber ist. Wir glauben daher nicht, daß man den griechischen Auslegern die Unrichtigkeit ihrer Anschauungen wird nachweisen können, und zwar umsoweniger, als wir, ohne sie zu kennen, allein auf Grund der römischen Fragmente zu derselben Auffassung gekommen sind. Eine so vollständige Uebereinstimmung in allen Hauptpunkten ist nur möglich, wenn eine Ansicht sich auf die andere stützt, oder wenn sie beide richtig sind. Dem Verfasser aber waren bei der Herausgabe

[99]) Seine Hauptstützpunkte entnimmt der Verfasser gerade aus den Auslegungen des Theophilus, des Stephanus, des Cyrillus. Alle drei Schriftsteller sollen im 6. Jahrhundert gelebt und die berühmtesten Kommentare zu den Pandekten selbst, vermuthlich unter Benutzung der Werke der klassischen Juristen selbst geschrieben haben. (Vergl. Prolegomena Heimbach Bd. VI.) Im Uebrigen ist der Verfasser wegen des ihm fehlenden Materials freilich nicht im Stande, festzustellen, welche Autorität den Griechen überhaupt beizulegen ist. Gerade deshalb sucht der Verfasser überall darzuthun, daß ihre Auslegungen der Rechtsvernunft entsprechen, während sich dies von den gegentheiligen Ausführungen nicht behaupten lasse.

Digitized by Google

seiner Werke die griechischen Quellen mit Ausnahme geringer, bei anderen Schriftstellern gefundener Excerpte unbekannt. Die fernere denkbare Entgegnung, daß der Verfasser auch die griechischen Quellen vergewaltige, würde bei dem Wortlaute derselben sehr gewagt sein, und höchstens Demjenigen glaubhaft gemacht werden können, der sie nicht nachliest.

Hiernach müssen wir annehmen, daß unsere Auffassung des römischen Rechts mit der der Griechen übereinstimmt, und daß beide Auffassungen richtig sind. Dann aber richtet sich gegen die herrschende Pandektentheorie das Bedenken, daß sie die grundlegende Rechtsanschauung des Gajus verkannt habe. (Gajus IV. §. 4 J. IV. 6 §. 14.) Der römische Jurist sagt, daß der Eigenthümer die ihm gehörige Sache selbst nicht mit der Personalklage abfordern könne, daß dem kondizirenden Eigenthümer die Formel des dare oportere nicht zustehe, daß nur diese Formel mit einem bestehenden Eigenthume unverträglich sei. Dagegen interpretirt die herrschende Doktrin die Gesetze dahin, daß der Rückforderungskondizent ein Nichteigenthümer sei, und daß ihm deshalb die Formel des dare oportere gerade zustehe. Wenn unsere Gegner auf den Kern der Sache eingehen wollen, mögen sie die Unrichtigkeit unseres Satzes erweisen, daß Gajus, Justinian und die Griechen die Unverträglichkeit des Eigenthums nur mit der obligatio ad dandum festgestellt haben, und mögen ferner klar legen, daß nach römischem Rechte jede Obligation das Eigenthum ausschließe. Solange dies nicht geschieht, müssen wir unsere Ansicht aufrecht erhalten, daß das moderne Pandektensystem auf einem Mißverständnisse des römischen Rechts beruht.

Nur aus diesem Mißverständnisse wird es erklärlich, daß die positiven Rechtsbegriffe und die positiven Rechtsregeln der heutigen Doktrin in ein bedenkliches Schwanken gekommen sind. Das Eigenthum faßt man allerdings noch als das vollständige Recht der körperlichen Herrschaft über eine Sache auf. Gegen diese Definition ist an sich nichts einzuwenden. Unter dem vollkommenen und vollständigen Rechte, die Sache zu behalten, verstehen wir dasselbe. Der Begriff wird aber von der herrschenden Theorie verlassen, sobald sie in die gerade wichtigste Lehre von der Tradition eintritt. Plötzlich werden auch die unberechtigten Besitzer, welche die Sache

Digitized by Google

ohne Rechtsgrund erhalten haben, für Eigenthümer erklärt, selbst in dem Falle, wenn sie sich wegen ihres schlechten Glaubens durch jede Verfügung über die Sache verantwortlich machen.

Der Eigenthumsbegriff wird ein anderer, je nachdem es sich um einen freiwilligen Erwerb oder einen gesetzlichen Titel handelt. Im Falle des gesetzlichen Erwerbs hat das Eigenthum der unberechtigten Besitzer noch keine Anerkennung gefunden.

Noch greller tritt dieser Dualismus des Eigenthumsbegriffes auf dem Gebiete des Grundbuchrechts hervor. Im Falle des freiwilligen Erwerbs ist er auf den reinen Formalismus herabgedrückt. Wer auf Grund einer Auflassung eingetragen ist, soll als Eigenthümer betrachtet werden, mag er ein materielles Recht haben oder nicht. Dagegen ist der alte Eigenthumsbegriff für die übrigen Erwerbsakte festgehalten.

Noch schlimmer steht es mit dem Begriffe der Obligation. Indem man das von der Obligation geschützte Recht als Obligation auffaßt, werden in diesen Begriff alle Rechte hineingestoßen, die man sonst nicht unterbringen kann. Auf dem Gebiete des Grundbuchrechts soll sogar den berechtigten Besitzern nur eine Obligation zustehen. Forderungs- und Rückforderungsrechte, die naturgemäß sowohl durch eine Sachklage, wie Haftklage geschützt werden können, versinken immer mehr in das dunkle Bereich der Obligation.

Alle sonst festgehaltenen Grundsätze über den Erwerb der Rechte werden durch die Anschauung ins Wanken gebracht, daß auch Rechte ohne Rechtsgrund erworben werden können.[100])

Das Pandektensystem hat in der That für die Gesetzgebung Deutschlands eine verhängnißvolle Bedeutung erlangt. [101])

Man kann es den französischen Gesetzgebern nicht verdenken, daß sie sich an dasselbe nicht gebunden und erklärt haben, daß die

---

[100]) Dagegen B. XIV. 1. 8.

ἑκάστου γὰρ συναλλάγματος ἡ ἀρχὴ καὶ ἡ αἰτία σκοπεῖται.

unius cujusque enim contractus initium et causa spectatur.

l. 8 D. 17. 1 (Ulpianus): unius cujusque enim contractus initium spectandum et causam.

[101]) Indem unsere scheinbaren Gegner die von uns bekämpften Lehren als „ein gekünsteltes Juristengebilde" bezeichnen, haben sie sich eines vielleicht noch schärferen Ausdruckes bedient.

Digitized by Google

Grundsätze des code civil viel rationeller seien, als die romanistische Doktrin. Die Behauptung, daß das moderne Pandektensystem auf germanischem Boden gewachsen sei und in unserem Nationalbewußtsein wurzele, hat noch Niemand aufgestellt. Gegen dieselbe würde von germanistischer Seite der lebhafteste Widerspruch erhoben werden. Auch würde sie, was die Gegenwart betrifft, durch den bloßen Hinweis auf das preußische Landrecht widerlegt werden. Ja noch mehr, eine Gesetzgebung, welche das Pandektensystem zu Grunde legt, würde in einen unlöslichen Konflikt mit den Gesetzgebungen der Kulturstaaten Europas, insbesondere Frankreichs und Englands, kommen. Die Behauptung, daß es rationeller sei, als diese, wird man schwerlich aufrecht erhalten können. Schon jetzt schickt man sich an, den Entwurf nach den Grundsätzen des entgegengesetzten Systems zu revidiren, und selbst unsere Gegner haben sich dazu verstehen müssen, in das von ihnen noch vertheidigte Pandektensystem die sich aus unserem System ergebenden Sätze einzuschieben. Selbst vom sozialpolitischen Standpunkte muß man sich gegen das Pandektensystem erklären. Es giebt kein System, welches in dieser Weise die Herrschaft des subjektiven Willens anerkennt, welches so wenig der Aufgabe der Gesetzgebung gerecht wird, den wirthschaftlich Schwachen gegen Betrug und Uebervortheilung zu schützen.

Sobald dem modernen Pandektensysteme die römische Unterlage entzogen ist, scheint es in der That keine Stütze mehr zu haben. Es ist für den modernen Gesetzgeber an sich schon bedenklich, einer Rechtsanschauung zu folgen, bloß deshalb, weil sie für römisch gehalten wird. Unmöglich aber erscheint ein derartiges Vorgehen der Gesetzgebung, sobald das Mißverständniß, auf welchem die angeblich römische Auffassung beruht, aufgedeckt wird.

Indem wir so alle Ausführungen, welche in unseren früheren Werken[102]) niedergelegt sind, aufrecht erhalten müssen, und der gegen

[102]) Die sich gegen die moderne preußische Grundbuchgesetzgebung und somit gegen den Entwurf richtenden Ausführungen des Verfassers sind schon in dem Aufsatze: „Das formelle und materielle Recht (Gruchot Bd. 20 S. 40 ff.)" enthalten. Derselbe ist eine im Voraus geschriebene Kritik des Entwurfs, sodaß dem Verfasser der Vorwurf der Voreingenommenheit wohl nicht gemacht werden kann, da der Entwurf bei Herausgabe dieses Aufsatzes noch gar nicht bekannt war.

Digitized by Google

uns erhobene Vorwurf der Vergewaltigung der Quellen durch die griechische Auslegung des römischen Rechts vollständig zurückgeschlagen wird, haben wir schließlich gegen eine Bemerkung Hellmanns zu erklären, daß uns eine Prätension der Unfehlbarkeit gänzlich fern liegt. Freilich vertheidigen wir mit aller Energie unsere Ansicht. Der Zweck ist aber nur der, die Theorie zu veranlassen, die äußerst zweifelhaften Grundlagen eines Rechtssystemes zu untersuchen, welches in Deutschland, insbesondere in Preußen anstatt seiner bewährten Gesetzgebung eingeführt werden soll. Es wäre ein nationales Unglück, wenn das zukünftige Recht Deutschlands auf einer verfehlten Grundlage aufgebaut würde. Eine allgemeine Gesetzgebung, die sich praktisch unbrauchbarer erweist, als die früheren Partikulargesetze, könnte dem Einheitsgedanken nur schädlich sein.

Bis jetzt hat allerdings der Verfasser sein Ziel nur im geringen Maße erreicht. Wendt (Jahrbücher für Dogmatik Bd. 19 S. 29 ff.) und ihm folgend Endemann (Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 38 S. 319) haben zwar einige Quelleninterpretationen, wie uns scheint, ohne Grund, angegriffen, die legislativen Gedanken aber haben sie gerade aufgenommen. Noch weniger entspricht es dem Zwecke des Verfassers, wenn nunmehr Hellmann (Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 34 S. 358 ff.) und ihm folgend Endemann (Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 41) nur Mängel der Quelleninterpretation rügen und erklären, daß ihnen eine Widerlegung der Gedanken nicht zuzumuthen sei. Aber gerade auf die legislative Bedeutung der Gedanken kommt es an. Unsere Gegner wollen die Unrichtigkeit der aufgestellten Rechtssätze selbst darthun und ausführen, was sie selbst meinen. Insbesondere würde klar zu legen sein, daß die von dem früheren positiven Rechte, insbesondere dem preußischen Landrechte abweichenden Rechtssätze des Entwurfs in der That im römischen Rechte, der nationalen Rechtsentwicklung, der praktischen Rechtsvernunft begründet seien. Der Verfasser ist davon überzeugt, daß die Ausarbeiter des Entwurfs, vielleicht abgesehen von der Form, das Beste gegeben haben, was sich auf Grund der gemeinrechtlichen Theorie erreichen läßt. Gegen sie richtet sich nicht der geringste Vorwurf. Der Gesetzgeber hat auch zu erwägen, ob ein Gesetz nach Lage der Verhältnisse überhaupt durchzubringen ist. Ein sich gegen

Digitized by Google

die Pandektentheorie richtender Entwurf wäre aber dem Schicksal sicherer Verwerfung verfallen. Die Vorlegung eines derartigen Entwurfs würde Niemand dem Gesetzgeber zumuthen können. Daher bleibt dem Verfasser nichts übrig, als sich immer wieder an die Theorie zu wenden und die Anforderung zu stellen, daß die Grundlagen des neu einzuführenden Systems untersucht werden. Er erwartet eine Widerlegung der Grundgedanken des von ihm vertheidigten Systems selbst und eine Rechtfertigung der Grundgedanken, welche das Pandektensystem tragen. Nur durch die eingehendste Untersuchung kann die Theorie der Aufgabe gerecht werden, welche ihr die Zeitverhältnisse gestellt haben. Sie darf ohne Weiteres die Verantwortlichkeit dafür nicht übernehmen, daß die ganze Zukunft des deutschen Rechts auf eine noch ganz unsichere Grundlage gesetzt wird. Durch die umfassendste Prüfung ist dieselbe erst sicherzustellen.

Bis dahin, daß eine materielle Widerlegung erfolgt, muß der Verfasser seine Ueberzeugung, die er nach allen Richtungen hin zu begründen versucht hat, vertheidigen. Dieselbe geht dahin, daß das von ihm dargestellte System der ersten Auslegung des römischen Rechts entspricht und daher auch römisch sein wird, daß es abgesehen von allen Rechtsanschauungen der Römer getragen wird durch die nationale Rechtsentwickelung Deutschlands und Preußens, daß es die Gedanken der modernen ausländischen Gesetzgebungen in sich aufnimmt und dem Bedürfnisse der Praxis gerecht wird.

Digitized by Google

9.

Die amerikaniſchen Truſts.

Von Dr. jur. **Emily Kempin.**

§. 1.

Entſtehung und Begriff der Truſts.

Man ſpricht heute von modernen, im Gegenſatz zu den alten Truſts. Der alte Truſt iſt ein Inſtitut des engliſchen Common Law, ſeinem Weſen nach aber iſt er nichts Anderes, als das römiſche fideicommissum, das deutſche Inſtitut der Salmannen. Wie in Rom die fiducia, im deutſchen Recht der Treuhänder zur Umgehung der ungefügen Rechtsnormen gebraucht wurden, ſo war in England der Truſt das Mittel zur Weiterbildung der ſtarren Rechtsſätze. Mit dem fideicommissum hat der alte engliſche Truſt das gemein, daß er urſprünglich nur durch letztwillige Verfügung beſtellt werden konnte, daß auch da das künftige Rechtsverhältniß auf die Treue des Onerirten abgeſtellt wurde. Während aber in Rom der Erblaſſer es in das Gewiſſen des fiduciarius ſtellte, daß er dem Bedachten das Zugewandte nach ſeinem, des Teſtators Willen leiſten werde, wurde in England dem fiduciarius aufgegeben, über die ihm übertragene Sache nach dem Willen des Fideikommiſſars zu verfügen. Der fiduciarius heißt in England „trustee“, der fideicommissarius „cestui que trust“, in früherer Zeit „cestui que use“.

Weder in Rom noch in England hatte der Bedachte, d. h. der fideicommissarius oder der cestui que trust, Eigenthum, dieſes ruhte grundſätzlich in der Hand des fiduciarius, des trustee, aber in beiden Rechtsgebieten war die Entwicklung die nämliche. Dem

Digitized by Google

bloßen Forderungsrecht des Fideikommissars kam die Rechtsentwicklung derart zu Hülfe, daß die Verpflichtung des Erben zur Auszahlung an den Bedachten dem Eigenthumsrecht praktisch nahe kam, d. h. erzwingbar war; dem englischen cestui que use half das Chancery-Gericht sein Recht erzwingen, so daß er zwar nicht formell, aber materiell wie ein Eigenthümer betrachtet wurde.

Während aber die Entwicklung des fideicommissum zu einer Verschmelzung von Vermächtniß und fideicommissum führte und es bei der actio legati sein Bewenden hatte, wenn nicht der Erblasser dem Bedachten direkt Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht vermachte, ging die englische Entwicklung des korrespondirenden Instituts viel weiter. Es wurde nicht nur zum Zwecke des Legats, sondern zu den verschiedensten Rechtsgeschäften benützt und bildete bald ein abgeschlossenes, bestimmt ausgeprägtes Rechtssystem. Es wurde bei den starren Normen des Feudalrechtes einerseits und dem zunehmenden Verkehrsleben andererseits zum nothwendigen Surrogat für eine größere Gruppe von Rechtsgeschäften.

Die englischen und amerikanischen Lehrbücher stellen fast durchgehends den Satz auf, die englischen Trusts seien im 14. Jahrhundert unter Edward III. von Geistlichen dem römischen Rechte entlehnt worden. Man habe das römische fideicommissum zuerst angewandt, um dem Verbot der Uebertragung von Grundeigenthum an todte Hand, den „statutes of mortmain" zu entgehen. Das Land, welches man den Kirchen, Klöstern ꝛc. zuwenden wollte, wurde an einen Dritten übertragen mit der Auflage, den Nießbrauch desselben den piae causae zukommen zu lassen, d. h. für den Gebrauch, „to the use", des Bedachten inne zu haben.

Obgleich der Einfluß des römischen Rechts auf das englische und amerikanische zur Zeit lange nicht genügend berücksichtigt wird, so ist m. E. doch zu bezweifeln, ob die Einführung der uses und trusts in England direkt auf das römische Recht zurückzuführen sei. Im Gegentheil darf man dieselben hinsichtlich ihres Ursprungs vielmehr als ein deutsch-rechtliches Institut bezeichnen. Allein es verhält sich damit wohl wie mit vielen anderen Rechtsbegriffen, welche sich in der römischen und germanischen Rechtsentwicklung finden: sie waren den Ariern, wenn auch nur im Keime, gemein und finden sich daher bei den italischen und germanischen Stämmen in mehr oder weniger

Digitized by Google

differenzirter Form. Die der römischen fiducia zu Grunde liegende Rechtsidee findet sich daher auch in der Gestalt des germanischen Treuhänders: das Institut des fideicommissum der Römer, des Salmanns der Deutschen, der trustee der Engländer sind ja nur Ausflüsse eines Rechtsgedankens. Möglich ist freilich auch, daß, wenn die fiducia in ihrer primitivsten Form bei den arischen Stämmen nicht existirt hätte, sie sich mit Naturnothwendigkeit aus dem ungefügen Recht hätte herausschälen müssen und unter ähnlichen Umständen bei gleich formalen Rechtsverhältnissen sich bei jedem Volksstamm herausgebildet hätte. Ueberhaupt fehlt die Würdigung alter Rechtsinstitute oft darin, daß sie dieselben von einem speziellen Rechtssystem, entweder dem römischen oder dem deutschen, herleiten will, während die vergleichende Rechtswissenschaft einerseits und die Soziologie andererseits uns häufig richtigere Wege weisen würden.

Mit Bezug auf die englische rechtsgeschichtliche Entwicklung besonders begehen die meisten englischen Schriftsteller den Fehler, daß sie die englischen Rechtsinstitute als fix und fertige Gebilde hinsichtlich ihres Ursprungs darstellen. Die meisten dieser Gebilde sind aus den verschiedensten Faktoren entstanden und haben die angelsächsische, dänische und normännische Periode hindurch nur allmälig die Gestalt angenommen, welche wir in der Rechtsgeschichte an ihnen kennen lernen.

So ist auch das Institut der Salmannen von den germanischen Stämmen nach Britannien verpflanzt, von den Klerikern des 14. Jahrhunderts aber in Anlehnung an das ihnen bekannte römische fideicommissum weitergebildet worden.[1])

Der Mißbrauch, welcher in der Folge mit den uses im Gegensatz zu den Vorschriften des Common Law getrieben wurde, führte zu einem über 100 Jahre andauernden Kampf zwischen den Vertheidigern der uses, d. h. der Geistlichkeit und dem Parlament. Durch eine Reihe von Statuten bemühte sich das letztere, die Rechte und Pflichten des Eigenthümers zu normiren, während die ersteren unbekümmert um diese Gesetze das formale und legale Eigenthum

[1]) Ueber die englischen Trusts und ihre Geschichte vgl. auch Kohler in diesem Archiv III. S. 269 f. D. R.

Digitized by Google

praktisch bei Seite setzten und ein Eigenthum der Billigkeit für den schufen, welcher keinen Rechtstitel besaß. Eine Analogie des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums, nur auf anderer Grundlage und mit anderen Namen: hier legal und equitable ownership genannt!

Diesen Widerstreit suchte das berühmte „statute of uses" unter Heinrich VIII. auszugleichen. Es bestimmte: nicht mehr der fiduciarius, der trustee, sondern der cestui que use soll künftig als der wahre Eigenthümer der Sache betrachtet werden. Mit diesem Moment waren die Begriffe „use" und Eigenthum gleichbedeutend geworden. Mit diesem Augenblicke wurde der fiduciarius ein bloßer Vertreter und damit wäre das ganze Institut der uses hinfällig geworden, wenn nicht ein anderer Umstand es aufrecht erhalten hätte. Wohl konnte das statute of uses dem bisherigen Benefiziar statt eines bloß equitablen ein legales Eigenthum geben, allein damit war den Bedürfnissen des Verkehrs nicht Genüge geleistet. Jetzt konnte man den Nießbrauch an einer Sache gar nicht mehr einräumen. Wollte Jemand dieses Rechtsgeschäft vornehmen und das mit den Worten: „für den auf dem Gebrauch des A ruhenden Nießbrauch des B" zu erkennen geben, also einen use auf einem use bestellen, so ging B des gewollten Rechtes verlustig; denn A war ja nunmehr (nach dem statute of uses) legaler Eigenthümer. Da half abermals das Chancery-Gericht. Es erklärte sich in einem solchen Falle für zuständig, dem Rechte des B zum Durchbruch zu verhelfen, weil die Absicht des den use Bestellenden dahin ging, den B zu bedenken und es als eine unter der geistlichen Jurisdiktion stehende Gewissenssache betrachtet wurde, daß der A dem Auftrage des Testators nachkomme. Das geistliche Gericht erklärte deshalb den A als den nominellen Eigenthümer, den B aber, welchem der use zugesichert war, als den Nutznießer der Sache. Nur sprach man in einem solchen Falle nicht mehr von einem use, sondern von einem trust. Dieser Konstruktion gemäß war das statute of uses praktisch bei Seite gesetzt und der alte Rechtszustand wiederhergestellt, d. h. derjenige, dem man die Sache to the use übertrug mit der Auflage, sie in trust für den Bedachten zu besitzen, wurde formeller Eigenthümer der Sache genau wie vor dem statute of uses derjenige, dem man eine Sache to the use eines Dritten übertragen.

Digitized by Google

Er, der Eigenthümer, ist daher der trustee, der Bedachte, der bloße Nutznießer der cestui que trust.

War schon der alte Trust ein Mittel zur Umgehung der Gesetze und Eingehung der verschiedensten Kombinationen, so ist dies beim modernen Trust in noch viel höherem Maße der Fall. Der moderne Trust lehnt sich in seiner juristischen Konstruktion an den alten englischen Trust an. Es ist dasselbe System, nur von der Anwendung auf Grundeigenthum auf merkantile und industrielle Verhältnisse übertragen.

§. 2.

Die Arten der modernen Trusts.

Der moderne Trust hat seine Wiege in den Vereinigten Staaten von Amerika und ist ebenso entwickelungsfähig, ebenso vielgestaltig, ebenso kühn, wie der Geist des Landes, welches ihn geboren hat.

Noch vor wenigen Jahren hat sein Wesen Niemand gekannt, als die Personen, welche ihn gebildet haben, bis der Senat des Staates New-York im Februar 1888 und nach ihm eine Handelskommission des Repräsentantenhauses der Union eine Untersuchung über die Trusts veranstaltet haben. Die Ergebnisse dieser Untersuchung sind in offiziellen Berichten[2]) herausgegeben, welche den seither erschienenen Monographien über die Trusts zur Grundlage gedient haben.[3])

---

[2]) Report of the Committee on General Laws on the investigation relative to Trusts (New-York, 16. März 1888) and report of the Committee on Manufactures, House of Representatives of the United States in relation to Trusts. 50th Congress 1st Session No. 3112.

[3]) Unter diesen sind besonders zu nennen:

1. Vom volkswirthschaftlichen Standpunkte aus:
   a) Aschrott: Die amerikanischen Trusts im Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik Bd. II Heft 3. Auch als Sonderabzug im Verlag der Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen 1889, erschienen.
   b) George Gunton: The economic and social aspect of Trusts. Political Science Quarterly 1888 S. 385 ff.
   c) E. Benj. Andrews: Trusts according to official investigations. Quarterly Journal of Economics 1889 S. 117 ff.
   d) J. W. Jenks: Die Trusts in den Vereinigten Staaten, in Hildebrandt's Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik 3. Folge 1. Bd.

Digitized by Google

Bis dahin bezeichnete man mit dem Ausdruck Trust sämmtliche Handelskombinationsmethoden, obgleich eine große Anzahl so benannter Geschäftsverbindungen keine Trusts im eigentlichen Sinne zu nennen sind.

Zu den letzteren gehören der englische Trust für Bergwerkszwecke, die sog. Cost Book Mining Trust Companies und die American Car Trusts.

Beim ersteren treten die Personen, welche ein Bergwerk betreiben wollen, zusammen, erwirken aber das Recht zu solchem Betriebe durch Drittpersonen, die trustees genannt werden. Das Geschäft wird sodann von einem Direktor, dem purser, geführt, die Theilnehmer am Trust oder die cestuis que trust heißen „adventurers". Für die Gewinnantheile erhalten sie Scheine, welche beliebig übertragbar sind. Ein bestimmtes Geschäftskapital existirt nicht, sondern die adventurers müssen nach Maßgabe ihres Antheils am Gewinn die Geschäftskosten bestreiten.

Mit der Cession des Antheilscheins geht auch die Haftung für künftige Schulden auf den Cessionar über. Ein dingliches Recht besitzen die adventurers nicht, wohl aber ein persönliches gegen den purser. Die Cost Book Mining Companies weichen von der deutschen Gewerkschaft zur Betreibung eines Bergbaues wesentlich ab. Hier tritt nicht die Gewerkschaft als Ganzes, sondern die adventurers einzeln auf, und andererseits kann auch nicht von bloßen Eigenlehnern oder Gesellen gesprochen werden; denn ein Miteigenthum zu ideellen Theilen an der Grube haben die adventurers nicht, sondern das Eigenthum liegt im Gegentheil bei den Trustees.

Diese Art Trusts sind demnach ein Mittelding zwischen dem Eigenlehner- und Gewerkschaftsbetrieb.

---

2. Den juristischen Standpunkt berücksichtigen:
   a) Norbert Heinsheimer: The legal Status of Trusts. Columbia Law Times 1889 S. 51 ff.
   b) William W. Cook: Trusts. (Strouse & Co., New-York 1888).
   c) H. G. Edwards in Washington: La législation sur les Trusts aux Etats-Unies in der Revue de l'Economie politique 5. Jahrg. Nr. 11.
   d) Louis Boiset Jr.: The legality of Trust Combinations im American Law Register 30. Bd. Nr. 11—12.
   e) George Stuart Patterson: The Law of contracts in restraint of trade, Philadelphia, University of Pennsylvania Press 1891.

Digitized by Google

Der American Car Trust ist in seiner ursprünglichsten Gestalt ein Vertrag zwischen mehreren Eigenthümern von Transportmitteln. Dieselben werden behufs Verkauf auf Abzahlung einem Dritten übergeben, welcher seinen Auftraggebern Zeugnisse über ihre Antheile an den Abzahlungen ausstellt.

Von den Trusts müssen ferner als nicht hierhergehörig wohl unterschieden werden die sogenannten „Trust Companies". Es sind dieselben Depositenbanken, deren Verwaltungsorgane Trustees genannt werden, weil ihnen die Depositа in trust übergeben werden. Ihr Geschäftskreis ist genau umschrieben und sie stehen unter staatlicher Kontrole. Auch haben sie juristische Persönlichkeit und sind zum Theil den Bankgesetzen unterworfen.

Von den eigentlichen Trusts können drei Arten unterschieden werden:

1. Eine Verbindung, deren Mitglieder zwar juristische Personen sind, welche sich aber in ihrer Gesammtheit als offene Gesellschaft darstellen. Dies ist die gewöhnlichste Form der Trusts. Typisch für deren Organisation ist der Vertrag der Zucker-Raffinerien, des sogenannten Zucker-Trust. Hierbei wird das Kapital sämmtlicher Mitglieder, also aller Korporationen, an gewisse Personen, die Trustees, überliefert, wofür dieselben jeder Partei ein Trust-Zeugniß ausstellen, ähnlich den Aktien einer Aktiengesellschaft. Diese Zeugnisse sind übertragbar. Außerdem erhält in der Regel jeder Beigetretene von den Trustees einen „Bond", welcher durch Verpfändung des eigenen Geschäfts des Bondgläubigers gesichert ist, so daß also der Antheilhaber am Trust, oder der cestui que trust Pfandgläubiger seines eigenen Etablissements ist.

Durch diesen gegenseitigen Austausch von Werthen haben die Trustees die nöthige Gewalt, den Markt zu kontroliren, sie haben ja das gesammte Trustvermögen in ihrer Hand, sie wählen die dem Trust oder den eigenen Etablissements vorstehenden Direktoren, veranlassen hier die Schließung eines Konkurrenzgeschäfts, beschränken dort die Produktion eines anderen und schaffen mit ihrer vereinten Macht dem Trust einen breiten Weg, auf dem er unbehelligt von Konkurrenz den Gewinn eines ganzen Geschäftszweiges monopolisirt.

2. Die zweite Art von Trustverbindungen sind diejenigen, bei welchen eine juristische Person die Aktien anderer Korporationen

Digitized by Google

aufkauft und dafür Bonds oder Pfänder als Zahlung giebt. Dieselbe kam in Aufnahme, nachdem die Gerichte die Legalität der Trusts in Form einer offenen Handelsgesellschaft in Frage gestellt hatten. Ein Beispiel dieser Art ist die Chicago Gas Trust Company. Dieselbe wurde unter den Korporationsgesetzen des Staates Illinois (Rev. Statutes Ill. C. 32, 1 u. 5) inkorporirt, welche bestimmen, es können mit Ausnahme von Banken, Versicherungs-, Eisenbahngesellschaften, Maklern und Geldverleihern Korporationen für irgend einen gesetzlich giltigen Zweck gegründet werden. Dieser Organisation ist aber der Umstand hinderlich, daß in New-York und einigen anderen Staaten eine Korporation am Aktienkapital anderer Korporationen kein Eigenthum haben kann.[4])

Allein derartige Gesetze bieten keine ernstlichen Schwierigkeiten, da es leicht möglich ist, eine Korporation unter den Gesetzen eines anderen Staates als desjenigen, in welchem sie ihre Geschäfte betreibt, zu begründen.

Wenn aber einer Korporation nicht verwehrt ist, Aktien anderer Korporationen aufzukaufen, so kann sie soviel davon erwerben, als zur Kontrole der anderen Korporationen nöthig ist; mit andern Worten: es entsteht die Anomalie, daß eine Korporation die Geschäfte der andern leitet.

Die Rechtsregel ist verschieden in England, wo es einer Korporation auch ohne ausdrückliche gesetzgeberische Erlaubniß gestattet ist, Aktien anderer Korporationen zu kaufen. Die englische Regel wurde in Maryland angenommen. (Vgl. Booth v. Robinson (1880) 55 Md. 433.)

3. Die dritte Art, in welcher Trustverbindungen eingegangen werden, ist diejenige, daß eine Riesenkorporation das Geschäftskapital, die Etablissements, die Produkte und das Geschäftsinteresse anderer Korporationen oder Firmen desselben Geschäftszweiges auf-

---

[4]) Die Entscheidungen hierüber sind zahlreich: Millbank v. New-York, Lake Erie u. W. R. Co. (1882), 64 How. Pr. 20; Franklin Bank v. Commercial Bank (1881), 36 Ohio St. 354; Central Railroad Co. v. Pennsilvania Railroad Co. (1879), 31 N. J. Eq. 475; Palmage v. Pel. (1852), 7. N. Y. 328; Valley Railway Co. v. Lake Erie Iron Co. (1888), 46 Ohio St. 44; für die Erklärung der Abkürzungen der Reportsammlungen siehe meine Schrift: Die Rechtsquellen der Gliedstaaten der Ver. Staaten. Zürich 1892.

Digitized by Google

kauft und die betreffenden Etablissements entweder auf eigene Rechnung weiter betreibt oder den Betrieb derselben einstellen läßt, soweit das Geschäftsinteresse dieses erfordert. Der Gewinn wird im Verhältniß der von Jedem gelieferten Produkte vertheilt. Es braucht keiner Erwähnung, daß dieser Trust in den verschiedensten Variationen existiren kann. Wenn die dem Trust beitretenden Personen ihre eigenen Etablissements beibehalten und sich nur verpflichten, ihre sämmtlichen Produkte dem Trust zu verkaufen, so ist dieser Trust von den alten „pools" nicht verschieden.

Die drei verschiedenen Arten der Trusts müssen wohl auseinandergehalten werden, wenn die Frage der Legalität der Trusts aufgeworfen wird. Auch sei hier schon bemerkt, daß bei sämmtlichen Arten von Trusts an Stelle der einzelnen Trustees oder der Korporation, welche als Trustee fungirt, in allen Fällen eine joint stock association treten kann.

Die Form von Trusts wird aber nicht nur zu Handels- und Industrie-, sondern auch zu reinen Spekulationszwecken benutzt. Wenn einige Aktionäre einer Eisenbahn z. B. die ausschließliche Kontrole über dieselbe erhalten wollen, so vereinigen sie sich zu einem Trust. Damit verhindern sie die dem Trust beigetretenen Mitglieder, sich einer allenfalls entstehenden Minderheit der Aktionäre anzuschließen oder ihre Aktien unter einem bestimmten Preise zu verkaufen oder sie überhaupt ohne Einwilligung der Trustees zu veräußern. Natürlich erhalten auch die also unter den Trust Gebundenen Trustcertifikate für ihre den Trusts überlieferten Werthe.

Diese Trusts bieten bezüglich der Rechte und Pflichten der Trusttheilnehmer besondere Schwierigkeiten. Ich werde sie daher zum Unterschiede von den übrigen mit dem Ausdruck „Aktienkontroltrust" benennen.

§. 3.

Die Rechte und Pflichten der Trusttheilnehmer.

a) Die Rechte und Pflichten der Trustees.

Dieselben ergeben sich aus dem Eingangs über die alten Trusts Gesagten von selbst.

Trustee kann jede Person sein, welche am Trustvermögen Eigenthum erwerben kann.

Digitized by Google

Im Trustvertrag ist gewöhnlich bestimmt, wie die Trustees gewählt werden, wie lange ihre Amtsdauer währen und wer ihre Nachfolger im Amt sein sollen.

Allfällig eintretende Lücken füllen die Trusttheilnehmer durch Neuwahlen aus.

Ueber die Dispositionsgewalt der Trustees giebt die Ernennungsurkunde Auskunft. Diese Gewalt ist naturgemäß sehr groß; denn das entspricht nicht nur der rechtlichen Stellung des Trustee (er ist ja Eigenthümer), sondern auch dem Zweck des Trust. In ihr liegt überhaupt das Geheimniß des Erfolges des Trust, und es ist darum jedem Unberufenen sorgfältig verborgen, wie weit die Verfügungsgewalt des Trustee geht. In der Regel ist sie nur abhängig von seinem Ehrgeiz, seiner Kühnheit, seinem Verstand und seinem Gewissen.

Es ist klar, daß die Trustees nicht wie die Direktionen einer Korporation im Namen der Vertretenen handeln und nicht als Vertreter einer juristischen Person belangt werden können — sie kontrahiren vielmehr, klagen und werden beklagt im eigenen Namen. Sie sind keiner Verwaltungsbehörde, keiner Aktionärversammlung für ihre Handlungen Rechenschaft schuldig, nur für Treubruch haften sie den cestuis que trust.

Für Verbindlichkeiten des Trust haften die Trustees und zwar selbstverständlich nicht nur bis zur Höhe des Trustkapitals, sondern unbeschränkt. Mehrere Trustees haften solidarisch für sämmtliche Schulden des Trust, auch für nicht einbezahlte Aktien, und wo, wie in den meisten Staaten der amerikanischen Union, eine gesetzliche Haftbarkeit der Aktionäre besteht, haften die Trustees gleich diesen.

b) Rechte und Pflichten der cestuis que trust.

Die cestuis que trust ihrerseits sind von aller Verantwortlichkeit nach außen entbunden. Sie haften den Gläubigern des modernen Trust so wenig wie beim gleichnamigen Institut des alten Rechts, und auch die Gläubiger der dem Trust angehörigen Korporationen müssen sich an die Trustees halten. Die cestuis que trust sind nur pflichtig, die Trustees für die in ihrem Interesse eingegangenen Schulden schadlos zu halten. Es können aber im Trustvertrage Bestimmungen getroffen werden, daß die cestuis von aller und jeder Rückerstattungspflicht entbunden sein sollen. Grundsätzlich und

Digitized by Google

bei allen Arten von Trusts kann ein cestui que trust seinen Antheil am Trustvermögen vor Auflösung des Trust nicht zurückverlangen, mit Bezug auf die Aktienkontroltrusts jedoch haben die Gerichte von jeher eine Ausnahme statuirt. Schon zu einer Zeit, als die Rechtsnatur der modernen Trusts von derjenigen der alten Trusts nicht unterschieden wurde, haben die Gerichte mit Bezug auf den Aktienkontroltrust wiederholt entschieden, bei solchen Trusts (trusts of stock) müssen nicht die Trustees, sondern die Trustzeugnißinhaber als die wahren Eigenthümer betrachtet werden; denn in einem solchen Falle seien die Trustees gar keine wirklichen Trustees, sondern lediglich Depositare, von welchen der Deponent das Depositum jederzeit zurückverlangen könne.[5])

Es muß aber betont werden, daß diese Argumentation ursprünglich nur die Aktienkontroltrusts traf.

Interessant ist immerhin, daß durch die auf ihr basirenden Entscheidungen die vom statute of uses angestrebten Eigenthumsverhältnisse wieder aufleben.

Im Interesse der Trustverbindungen wurde auf die verschiedenste Weise versucht, die cestuis que trust zu binden. Man hat z. B. einer bestimmten Person unwiderrufliche proxies gegeben. Allein die Gerichte entschieden, solche proxies seien nicht unwiderruflich; somit konnte mittelst Widerrufs der proxies ein cestui que trust abtrünnig werden, d. h. entweder sein Interesse am Trust zur Unzeit übertragen oder seinen Geschäftsantheil herausverlangen. Nun griff

---

[5]) Auf Grund dieser Entscheidung über die rechtliche Natur der Trusts wurde am 11. Januar 1892 anläßlich der Neuwahl der Beamten der Western New-York- und Pennsylvania-Bahn ein wichtiger Beschluß gefaßt. Der Vertreter der holländischen Aktionäre, welche ihren Besitz in Form eines Trust vereinigt haben, stimmte auf Grund von proxies, d. h. die Vollmacht, für Andere zu stimmen, wogegen der die Wahlen beaufsichtigende Anwalt Einspruch erhob, da nach den Gesetzen des Staates Pennsylvania das Stimmrecht auf Aktien nur dem wirklichen Eigenthümer zusteht.

(Eine Singularität, welche deutsch-rechtlichen Anschauungen bis heute fremd geblieben ist.)

Der holländische Trust, von welchem der Vertreter die proxies habe, sei aber nicht absoluter Besitzer der Antheilscheine, er ertheile die proxies vielmehr für Rechnung der bei ihm deponirten und Dritten gehörenden Certifikate. Daraufhin wurden die holländischen proxies verworfen.

Digitized by Google

man zum Mittel der joint stock association. Zum Zwecke der Geschäftsführung des Trust wird eine solche Gesellschaft gebildet und im Trustvertrage jedem Trusttheilnehmer die Verpflichtung auferlegt, seinen Trustantheil nicht zu veräußern. Wenn dies nun trotzdem geschieht, so ist der Käufer des Trustcertifikats nur berechtigt, die Dividenden aus dem Erträgnisse des Trust zu beziehen. Stimmen oder sonstwie am Trust partizipiren darf er nicht. Diese Verklausulirung haben die Gerichte als zu Recht bestehend anerkannt.

Den Korporationen steht dieser Ausweg nicht offen; denn wenn sie um das Korporationspatent nachsuchen, so müssen sie die Art der beabsichtigten Geschäftsführung, Haftbarkeit, Ausscheidung und Auflösung genau angeben.

Uebrigens würde schon nach den allgemeinen Bestimmungen über Korporationen eine Beschränkung der Mitglieder, wie die angeführte, nichtig sein.

§. 4.

Die Legalität der Trusts nach dem englischen Common Law.

Die große, in den Vereinigten Staaten in den letzten drei bis vier Jahren beständig ventilirte Frage ist die: Sind die Trusts legale Vereinigungen? Man hat ihre Legalität von allen möglichen Gesichtspunkten aus anzugreifen versucht, aber auf dem Boden des Common Law ohne jeden Erfolg.

Meines Erachtens sind alle diesbezüglichen Entscheidungen irrig, ja willkürlich. Es sind Konzessionen, welche die Gerichte dem Ansturm des Publikums und der Presse gegen die Allmacht der Trusts gemacht haben. Wo moderne Trusts in Anlehnung an die alten Trusts des englischen Common Law bestehen, d. h. wo gegen sie nicht ausdrücklich legiferirt worden ist — und dies war bis in die allerjüngste Zeit in keinem Staate der amerikanischen Union der Fall —, da bestehen sie auch zu Recht. Sie fußen auf dem englischen Common Law, welches mit Ausnahme von Louisiana in allen Staaten subsidiär gilt.

Weder liegt ein ungesetzliches Moment in der Bildung eines Trust, weil derselbe nicht für die Lebensdauer einer natürlichen Person, sondern auf eine bestimmte Anzahl von Jahren bestellt

Digitized by Google

werden kann; denn auch die alten Trusts konnten auf zum Voraus fest bestimmte Zeit bestellt werden. Zudem haben die meisten Staaten der amerikanischen Union über diese Zeitdauer legiferirt. Noch steht den modernen Trusts im Wege, daß viele Staaten die Begründung von Trusts auf gewisse, statutarisch bestimmte Zwecke beschränkt haben. Diese Bestimmungen treffen nur Trusts mit Grundeigenthum. Sie dehnen sich auf bewegliches Gut nicht aus. Auch der Wechsel der cestuis que trust bietet dem modernen Trust keine gesetzlichen Schwierigkeiten: schon im alten Trustrecht mußte der Benefiziar während der Dauer des Trusts nicht nothwendig ein und dieselbe Person sein. Ihnen steht auch der Umstand nicht im Wege, daß sie ausschließlich zu Geschäftszwecken organisirt werden. Die meisten Staaten hielten von jeher die Bestellung von Trusts behufs Geschäftsbetriebes für zulässig.

Ernstlicher könnte es sich fragen, ob die Legalität der Trusts ihrer rechtlichen Konstruktion wegen in Zweifel gezogen werden kann. Denn welches Rechtsgebilde ist der Trust im Grunde?

Er ist weder eine einfache Handelsgesellschaft: denn die Mitglieder des Trust sind bei der Geschäftsführung weder direkt noch durch Stellvertreter thätig, noch ist er eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft: denn die Mitglieder haften nicht solidarisch und nicht beschränkt. Wohl aber haben die Trusts Etwas von der Natur der geheimen Kommandite, wo die Aktien alle dem Gerant gehören. Die Rechtsnatur dieses Verhältnisses ist bekanntlich streitig. Betrachtet man es als ein modifizirtes Darlehnsverhältniß, bei welchem statt oder neben den Zinsen dem bailleur de fond ein Gewinnantheil zukommt und dieser am Verluste partizipirt, soweit das anvertraute Kapital reicht, so kommt dieses Verhältniß demjenigen der trusts of stock, wie die amerikanischen Gerichtsentscheidungen diese letzteren angesehen wissen wollen, sehr nahe. Es wären dann die cestuis que trust als bailleurs de fond, d. h. Darlehnsgeber zu betrachten.

Allein es fehlt beim Trust immer noch die Kontrole der cestuis que trust über den trustee, welche doch bei der stillen Gesellschaft im eminenten Sinne ein wesentliches Moment ist.

Selbstverständlich ist der Trust am allerwenigsten mit einer Aktiengesellschaft zu vergleichen; es fehlen die staatliche Oberaufsicht,

Digitized by Google

die vorgeschriebenen Organe, die Beschränkung des Aktienkapitals, die Publizität ꝛc. Er ist auch keine Genossenschaft; es fehlt die korporative Gestaltung, die solidarische Haftbarkeit der Mitglieder.

Wohl aber hat man sie vielfach mit den Solidargesellschaften mit Aktieneintheilung, den joint stock companies verglichen. Nach dem englischen Common Law sind indessen solche Gesellschaften, welche sich die Rechte, Privilegien und Namen einer Korporation aneignen, ohne eine solche zu sein, durchaus zulässig. Unter König Georg I. wurden sie zwar durch den sogenannten Bubble Akt im Jahre 1719 als gemeinschädlich erklärt und deshalb verboten, aber dieses Statut wurde im Jahre 1826 wieder aufgehoben.

In den Vereinigten Staaten konnte man also gegen die Trusts vom Standpunkte der nicht inkorporirten joint stock associations nur da vorgehen, wo die letzteren ausdrücklich als unzulässig erklärt sind. Dies ist nur in Louisiana der Fall.

Es ist daher nicht richtig, wenn die Gerichtsentscheidungen anderer Staaten gegen die Trusts mit der Begründung einschritten, sie handeln wie Korporationen, ohne doch solche zu sein.

Endlich aber wurde versucht, die Trusts als ungesetzliche Verbindungen zu erklären, weil sie die betreffenden Handels- und Industriezweige monopolisiren und deshalb eine unerlaubte Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit bedeuten.

Von Alters her wacht nämlich das englische und amerikanische Recht eifersüchtig über der größtmöglichen Freiheit der Konkurrenz. Sie ist nach englischen und amerikanischen Begriffen die Seele allen wirthschaftlichen Fortschritts und ihre Eindämmung geht gegen das allgemeine Wohl, gegen das öffentliche Interesse.

Die Argumentation, welche sich von diesem Standpunkte aus gegen die Trusts richtet, ist demnach folgende:

1. die Trusts monopolisiren den betreffenden Handelszweig;
2. ein Handelsmonopol ist eine Beeinträchtigung des Prinzips der Handels- und Gewerbefreiheit (restraint of trade);
3. Verträge in restraint of trade sind gegen die öffentliche Wohlfahrt (public policy);
4. Verträge gegen die public policy sind nichtig.

Allein abgesehen von der Künstlichkeit solcher Argumentation wird durch dieselbe kein klares Recht geschaffen. Verträge können

Digitized by Google

nach englischer Rechtsauffassung nur dann als in restraint of trade betrachtet werden, wenn ihr Gegenstand nothwendig (article of necessity) ist, oder von so allgemeinem Gebrauch, daß das große Publikum an ihrer Produktion interessirt ist.

Es liegt auf der Hand, daß eine allgemein gültige Norm, welche Artikel unter diesen Grundsatz fallen, nicht aufgestellt werden kann. Auf dieser Basis muß ein Feldzug gegen die Trusts je nach der individuellen Auffassung des Richters bei verschiedenen Gerichten verschieden erfolgreich sein. Es hat sich in Folge dessen auch eine ungleiche Gerichtspraxis gebildet, welche dem am einen Orte für ungesetzlich erklärten Trust recht wohl erlaubte, sich am andern Ort zu entfalten. Zudem kann der Trust nicht ohne Weiteres als ein Vertrag gegen die public policy bezeichnet werden.

Zum Mindesten müssen die zwei den Trust begründenden Rechtsgeschäfte aus einander gehalten werden.

Das eine dieser Rechtsgeschäfte ist das Abkommen zwischen den am Trust theilnehmenden Korporationen oder Einzelfirmen. Dieses hat selbstverständlich Vertragsnatur. So haben z. B. die Parteien des Zuckertrust, d. h. die ihm beitretenden Mitglieder (Firmen) sich zusammengethan, um

1. die Verwaltungskosten der Zuckerraffinerie zu reduziren;
2. jedem Theilnehmer dieselben Methoden der Raffinerie behufs Verbesserung des Zuckers und Billigkeit desselben zugänglich zu machen;
3. Schutz gegen ungesetzliche Arbeiterverbindungen zu gewähren;
4. die Mitglieder gegen die Bestrebungen Dritter, die Durchschnittsqualität des Zuckers zu verringern, zu schützen;
5. überhaupt die Interessen der Vertragsparteien mit allen gesetzlichen Mitteln zu fördern.

Weiter verpflichtet sich jede der Parteien, sich vor dem Inkrafttreten des Vertrags zu inkorporiren und das solchen Korporationen gehörige Aktienkapital einem Vorstand (board) zu transferiren. Das ist alles höchst unverfänglich. Wer könnte darin eine restraint of trade erblicken, wenn die Theilnehmer sich vereinigen, um den Zucker besser und billiger herzustellen? Wer darin, wenn eine Anzahl juristischer Personen ihr Kapital zusammenwerfen und dasselbe einem

Digitized by Google

Gerant oder Vorstand übergeben? Weniger unverfänglich erscheint die weitere Bestimmung, daß das Aktienkapital der betheiligten Korporationen auf den Namen der Mitglieder des board als trustees übertragen werden müsse. Allein rechtlich kann man dagegen nichts einwenden, denn es ist im englischen common law Niemandem verwehrt, für die Verwaltung seines Vermögens einen trustee zu bestellen, und da die Korporationen zusammen nicht eine Korporation bilden, sondern als eine Anzahl von Einzelpersonen handeln, so können auch sie ihr Vermögen einem oder mehreren trustees übergeben. Sobald sie dies aber thun, müssen sie Eigenthum übertragen; denn der Uebergang desselben auf den trustee ist, wie wir gesehen, dem alten englischen Trust immanent.

Das zweite Rechtsgeschäft, welches bei Bildung eines Trust abgeschlossen wird, ist die Bestellung des Trust an sich, d. h. die Ernennung der trustees. Da erst dieser Rechtsakt den Trust zu dem macht, was er ist, so frägt es sich, ist diese Bestellung gegen die öffentliche Wohlfahrt? Ich habe mich darüber oben ausgesprochen und betone in diesem Zusammenhang blos, daß meines Erachtens weder in einem noch im andern Rechtsgeschäft, sondern höchstens in der Kombination beider auf Grund des Common Law allfällig ein ungesetzliches Moment gefunden werden könnte.

§. 5.

Die Judikatur gegen die Trusts.

Unter dem Drucke der öffentlichen Meinung sind die Gerichte gegen die Trusts direkt und indirekt in schärfster Weise vorgegangen.

Die Angriffspunkte sind, wie schon gesagt, zweierlei. Die Rechtsauffassung mit Bezug auf den ersten, die Ungesetzlichkeit des Trustsvertrages als ein Contract in restraint of trade, mag am besten an Hand der wichtigsten Gerichtsentscheidungen gekennzeichnet werden.

Die alte englische Rechtsregel[6]) läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: Contracts in restraint of trade sind an sich nichtig, wenn sie aber unter den obwaltenden Umständen begründet (reasonable)

[6]) Vgl. zum Folgenden Kohler in diesem Archiv V. S. 208, 214, 222 f. D. R.

Digitized by Google

sind, d. h. wenn die Einschränkung des Handels einen vernünftigen Grund hat und wenn die causa (consideration) nicht fehlt, so sind solche Verträge gültig.

Im Allgemeinen kann für die grundlegenden Entscheidungen über diesen Punkt auch die Regel aufgestellt werden: Einschränkungen von Handel und Gewerbe durch Privatverträge sind so lange nicht ungesetzlich, als die Vertragspartei, zu deren Gunsten die Einschränkung auferlegt wird, an derselben interessirt ist. Was darüber geht, ist unreasonable und darum nichtig. Ebenso ist jede restraint nichtig, welche den Interessen des Publikums entgegensteht. Als Schulbeispiel wird der Fall Horner v. Graves[7]) angeführt, wo ein Zahnarztgehülfe sich verpflichtet hatte, in einem Umkreis von 200 Meilen seinem Prinzipal keine Konkurrenz zu machen. Diese Beschränkung wurde nicht als restraint of trade aufgefaßt. Im Falle Gale v. Reed[8]) sagte Lord Ellenborough, die dem Einen auferlegte Beschränkung müsse sich mit dem Nutzen des Andern decken, wenn die „restraint" als reasonable erscheinen müsse.

Es braucht keiner Erwähnung, daß die Anwendung dieser Regel äußerst schwierig und das durch sie geschaffene Recht dehnbar ist. Im Falle Ward v. Byrne[9]) wurde ein Versprechen, daß der Beklagte neun Monate lang nach seinem Austritt beim Kläger, einem Kohlenhändler, keinen Kohlenhandel anfangen wolle, für nichtig erklärt (trotzdem eine gültige causa vorhanden war), weil die Beschränkung des Beklagten größer war, als der Schutz der klägerischen Interessen erforderte.

Eine andere schwierige und unendlich oft ventilirte Frage ist sodann die: Kann eine Beschränkung der Gewerbe- und Handelsfreiheit, welche zum Schutze des einen Kontrahenten als gültig angesehen werden muß, den Interessen des Publikums widerstreiten? Es bestehen darüber in der englischen Rechtsprechung zwei Ansichten; die eine hält dafür, wenn eine derartige Beschränkung zum Schutze eines Privaten so weit geht, daß sie mit den öffentlichen Interessen kollidirt, so ist sie null und nichtig. Die andere Ansicht behauptet, eine für den Einzelnen als nothwendig befundene Be-

[7]) 7 Bing. 735.
[8]) 8 East. 81.
[9]) 5 M. & W. 548.

Digitized by Google

schränkung könne den Interessen des Publikums nicht zuwider sein und müsse deshalb unter allen Umständen geschützt werden. Allerdings sind damit immer nur solche Gewerbe verstanden, in welchen die Allgemeinheit nicht direkt interessirt ist. In dem schon citirten Fall Ward v. Byrne ist in den Erwägungen betont, es müsse in dieser Beziehung zwischen Beschränkungen von Raum und Beschränkungen der Zeit unterschieden werden. Sei eine Beschränkung des Raums aufgestellt, so leide das Publikum nur an einem bestimmten Orte unter derselben, bei einer allgemeinen Einschränkung mit Bezug auf die Zeit aber sei es, so lange die Beschränkung dauert, mit Bezug auf die Dienste des also Beschränkten allerorts der verlierende Theil.

Im Uebrigen ist auch die Rechtsregel bezüglich der räumlichen Einschränkungen durchaus nicht feststehend. Einige Entscheidungen machen keine Einschränkungen bezüglich des Raumes, andere erklären den Vertrag für nichtig, wenn der Raum das ganze Königreich umfaßt. Als Basis für die letztere Ansicht galt der Fall Mitchell v. Reynolds[10]), obgleich die Erwägungen als den eigentlichen Grund der Ungültigkeit das Nichtvorhandensein eines Interesse anführen, „denn", sagt Chief Justice Parker, „was geht es einen Handelsmann in London an, was sein Konkurrent in New Castle thut?"

Diese Entscheidung datirt aus dem Jahre 1711; durch die Kommunikationsmittel der Gegenwart ist der angeführte Grund natürlich hinfällig geworden.

In den Vereinigten Staaten wurden ursprünglich alle Verträge als nichtig erklärt, welche eine über den betreffenden Staat sich erstreckende Beschränkung enthielten.[11]) Der Richter hielt dafür, solche Verträge müssen unter allen Umständen für das Publikum nachtheilig wirken. Dieses Diktum wurde bestätigt im Falle Lawrence v. Kidder[12]) mit der weiteren Begründung, jeder Staat sei mit Bezug auf seine inneren Angelegenheiten eine Gemeinschaft für sich, deren Angehörige ein Interesse haben, daß ein Gewerbe

[10]) 1. P. Wms. 181.

[11]) Chappel v. Brockway, 21 Wend. 157 vom Jahre 1839, die erste Entscheidung über diesen Punkt.

[12]) 10 Barb. 641.

Digitized by Google

innerhalb seiner Grenzen und nicht anderswo ausgeübt werde. Im Jahre 1873 kam die Frage vor den Supreme Court der Vereinigten Staaten. In Oregon S. S. Co. v. Winsor[13]) entschied derselbe, daß die über einen ganzen Staat sich ausdehnende Beschränkung keineswegs nothwendiger Weise ungültig sei.

Die Vereinigten Staaten seien besonders mit Bezug auf Geschäfts- und Handelsinteressen als ein Ganzes zu betrachten, und es wäre eine zu enge Anschauung, Verträge, welche eine solche Beschränkung enthalten, als nichtig zu erklären.

Auf dieser Entscheidung fußen spätere Entscheidungen der Staatengerichte, und es ist nunmehr feststehende Regel, daß Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit über einen Staat wegen ihrer Ausdehnung über den ganzen Staat nicht ungültig sind.

Wie aber verhält es sich mit Restriktionen, welche sich über die ganzen Vereinigten Staaten erstrecken? Die Meinungen sind darüber getheilt. Chief Justice Fuller's Erwägung über diesen Punkt geht im Falle Gibbs v. Baltimore Gas Co.[14]) dahin: Allerdings muß der Fall Mitchell v. Reynolds als grundlegend für die Beantwortung der Frage betreffend räumliche Beschränkungen angesehen werden, allein da jene Entscheidung unter ganz anderen sozialen Verhältnissen getroffen wurde, ist sie nicht feststehend und unterlag in England selbst bedeutenden Modifikationen. Die Frage ist lediglich die, ob nach den besonderen Umständen des Falles und der Natur des Vertrages derselbe unvernünftig sei oder nicht. Im Falle Lange v. Werk[15]) wurde ein Vertrag, daß im ganzen Gebiete der Vereinigten Staaten keine Stearinkerzen fabricirt werden dürfen, wegen zu großer räumlicher Ausdehnung nichtig erklärt.

Ebenso hielt der Richter im Falle Diamond Match Co. v. Roeber[16]) die alte englische Rechtsregel, wenn auch bedeutend abgeschwächt, nicht für außer Kraft gesetzt. Umgekehrt wurde im Falle Watertown Thermometer Co. v. Pool (1889) nur auf die „reasonableness" des Vertrages abgestellt und das Versprechen, daß

---

[13]) 20 Wall. 64.
[14]) 130 U. S. 396.
[15]) 2 Ohio St. 519.
[16]) 106 N. Y. 473.

Digitized by Google

in der ganzen Union 10 Jahre lang keine Thermometer fabrizirt werden würden, für die Gültigkeit des Vertrages als nicht hindernd angesehen.

Zeitlich unlimitirte Beschränkungen stehen auch in den Vereinigten Staaten der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen.

Die Frage, ob eine Restriktion „reasonable" sei, ist Rechts- nicht Thatfrage und deshalb nicht von den Geschworenen zu beantworten.[17])

Die Gerichte haben nun bezüglich der „unreasonableness" der Trustverträge eine eigene Praxis eingeschlagen. Allein die Entscheidungen sind ziemlich willkürlich und keineswegs übereinstimmend.

Auf Grund des alten Grundsatzes der englischen Nationalökonomie, Konkurrenz sei die Pulsader allen Handels und Gewerbes, haben die Gerichte entschieden, Alles was die freie Konkurrenz hindere, sei dem Publikum nachtheilig. Im Falle Mitchel v. Reynolds sagt Chief Justice Parker geradezu: „Es ist ein Monopol und ein Verbrechen, wenn sich Jemand die ausschließliche Ausübung eines Geschäftszweiges aneignet." Freilich drücken andere. Entscheidungen eine ganz entgegengesetzte Meinung aus. Im Falle Perkins v. Lymann,[19]) Kellogg v. Larkins,[20]) Leslie v. Lorillard[21]) wird die Richtigkeit der englischen volkswirthschaftlichen Regel stark in Zweifel gezogen und auch in dem berühmten Falle People v die North River Sugar Refinery Co.[22]) sagte Richter Barrett: „Uebermäßige Konkurrenz kann unter Umständen dem Publikum nachtheilig sein, und Verträge, welche solche Konkurrenz einschränken, können daher durchaus reasonable sein. Nur dann, wenn sie für das Publikum drückend werden, sind sie unreasonable und, weil der öffentlichen Wohlfahrt entgegenstehend, zu verdammen. Die im oben zitirten Falle eingegangene Verbindung des Sugar Trust nun hat nicht den Zweck, sich gegen ruinöse Konkurrenz zu schützen, sondern

[17]) Mallan v. May 11 M. & W. 548.

[18]) Oregon S. S. Co. v. Winsor 20 Wall 64. Lange v. Werk 2 Ohio 519.

[19]) 9 Mass. 522.

[20]) 3 Chaud. 133.

[21]) 110 N. Y. 519.

[22]) 54 Hun. 354.

Digitized by Google

exorbitante Gewinne zu erzielen und ist deshalb ganz klar den Interessen des Publikums schädlich."

Seither sind die Entscheidungen in diesem Sinne zahllos. Die wichtigste derselben richtete sich gegen ein Glied des Standard Oil Trust, die Standard Oil Company.[23]) Aus der Entscheidung des Supreme Court von Ohio gegen die Standard Oil Company vom 2. März 1892 führe ich Folgendes an:

„Ad 2: Daß die Beklagte einen Vertrag wie den eingegangenen widerrechtlich schloß, bedarf keiner langen Auseinandersetzung.

Es ist ganz klar, mag man auch das eingegangene Verhältniß als Gesellschaftsvertrag zwischen den beigetretenen Korporationen und Einzelfirmen betrachten, daß die Eingehung desselben seitens der Beklagten mit ihrem korporativen Charakter im Widerspruch stand. Sie hat sich ihrer Korporationsrechte und Pflichten begeben, indem sie alle Aktien bis auf sieben an die Trustees abtrat, jenen das Recht einräumte, ihre Geschäftsführung zu kontroliren und sogar sich selbst zu ihren Organen zu wählen. Das Gesetz bestimmt, eine Korporation müsse von ihren Direktoren im Interesse der Aktionäre und zu den Zwecken, für welche sie kreirt wurde, verwaltet werden. Durch den Vertrag wird die Beklagte nicht nur — allerdings indirekt — vom Standard Oil Trust verwaltet, sondern von einer Gesellschaft, welche nach unseren Gesetzen widerrechtliche Zwecke — diejenigen, den betreffenden Geschäftszweig zu monopolisiren — verfolgt. Vieles wurde zu Gunsten des Standard Oil Trust gesagt. Es kann sein, daß er die Qualität des Petroleums verbessert und die Kosten desselben verringert hat, allein dies ist gewöhnlich nicht das Resultat der Monopole und das Recht hat nicht Dasjenige in Betracht zu ziehen, was ausnahmsweise erfolgen kann, sondern was erfahrungsgemäß erfolgt. Die Erfahrung lehrt, daß es unklug ist, der menschlichen Begierde zu trauen, wo ihr Gelegenheit geboten ist, sich auf Kosten Anderer breit zu machen. Monopole sind immer als gegen den Geist des Common Law und dem Interesse der Gemeinschaft widerstreitend betrachtet worden.

Ein weiterer Vorwurf gegen dieselben, welcher gewöhnlich nicht gehörig beachtet wird, ist der, daß eine Gesellschaftsform, bei welcher

[23]) Siehe meine Mittheilung derselben in der Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen. Nr. 31.

Digitized by Google

einzelne Wenige Arbeitgeber, eine große Anzahl aber die Angestellten und Arbeiter sind, für eine Republik wenig wünschenswerth ist. Eine Republik muß im Gegentheil darnach trachten, die Anzahl selbständiger Betriebe und Existenzen zu vermehren, damit der Preis für die Konsumenten herabgesetzt werde, damit mehr Gleichheit der Vermögenslage ihrer Bürger entstehe und Armuth und Verbrechen verschwinden."

§. 6.

Gesetzgeberische Maßnahmen gegen die Trusts.

Die ungleiche Judikatur über die Trusts hat in einer Reihe von Staaten gesetzgeberische Maßnahmen hervorgerufen, die so weit gehen, daß die Möglichkeit der strikten Handhabung derselben mehr als einmal in Zweifel gezogen worden ist.

Bis jetzt haben über die Trusts legiferirt die Staaten: Kansas, Michigan, Missouri (Ges. v. 9. Mai 1889), Nebraska (29. März 1889), Texas (30. März 1889), New-York (7. Juni 1890), Illinois (11. Juni 1891), das Territorium New Mexiko (14. Februar 1891) und der Kongreß der Vereinigten Staaten vom 2. Juli 1890.[24])

Im Uebrigen ist die Sprache des Bundesgesetzes ebenso vieldeutig als die Common Law-Rechtsregel. Wandel ist durch dasselbe nur insoweit geschaffen, als die Parteien eines Vertrages, welcher vom Bundesgericht der Vereinigten Staaten wegen restraint of trade nichtig erklärt worden ist, durch Eingehung desselben sich eines Vergehens schuldig gemacht haben.

---

[24]) Das Wesentliche dieses Gesetzes habe ich im Handelsmuseum vom 16. Juni 1892 in deutscher Uebersetzung mitgetheilt.

Digitized by Google

Litteratur.

IV.

Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 und dessen Litteratur.

Von **V. Ring.**

Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 hat die Gesellschaftsformen um eine, oder, wenn man will, um vier neue bereichert. Ist der Ausspruch von Oechelhäuser „Das Land, welches die sichersten, einfachsten und mannigfaltigsten Rechtsformen für die Vereinigung von Kapital und Personen bietet, muß einen wirthschaftlichen Vorsprung gewinnen," ein richtiger, so wird das deutsche Wirthschaftsleben dem Gesetze wohl Dank wissen müssen. Die Bestrebungen nach einer Entwickelung des Gesellschaftsrechts führen weiter zurück, als bisher zumeist betont wurde: Nach seiner Mittheilung hat Parisius bereits im Jahre 1876 die Ausbildung der preußischen Berggewerkschaft zur industriellen Gewerkschaft unter Angabe von Grundzügen für die letztere gefordert. Den unmittelbaren Anstoß zu dem Gesetze dürften aber vornehmlich die Abgeordneten Oechelhäuser und Hammacher gegeben haben, deren Vorschläge freilich zunächst nach sehr verschiedener Richtung gingen. Während der Eine die Reform der individualistischen Gesellschaft (offenen Handelsgesellschaft) auf der Grundlage beschränkter Haftung befürwortete, regte der Andere die Ergänzung der kollektivistischen Gesellschaften, zumal der Aktiengesellschaft, durch Einfügung einer Gesellschaft mit leichterer Beweglichkeit des Normalvermögens an. Von juristischer Seite traten Schriften von R. Esser, H. V. Simon und mir, später von J. Rießer diesen Plänen wirksam zur Seite. Der preußische Minister für Handel und Gewerbe griff die entwickelten Gedanken auf und veranlaßte Aeußerungen der preußischen Handelskammern und des Ausschusses des deutschen Handelstags, welche, zumal unter dem Einflusse des Aeltesten-Kollegiums der Berliner Kauf-

Digitized by Google

mannschaft, sich für die Ausdehnung des Grundsatzes der beschränkten Haftung in dem Gesellschaftswesen aussprachen. Im Dezember 1891 wurde auf Grund dieser Anregungen der Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen (Berlin, 1891. Franz Vahlen. IV. und 147 S.) der Oeffentlichkeit übergeben.[1]) Die Vorlegung des von dem deutschen Handelstage freudig begrüßten Entwurfs an den Reichstag erfolgte am 11. Februar 1892, die Ueberweisung an eine Kommission am 19. desselben Monats, die Annahme en bloc bereits am 19. bezw. 21. März 1892. Das Gesetz wurde am 20. April 1892 vollzogen und am 26. desselben Monats als Reichsgesetz verkündet. Die Hast in der Fertigstellung des Gesetzes ist vielfach abfällig beurtheilt worden. Der immer wiederkehrende Vorwurf gegen den übereilten Abschluß der Aktiengesetznovelle vom 11. Juni 1870, welche vom 12. Mai 1870 ab alle gesetzgeberischen Stationen durchlief, hätte hier zur Vorsicht mahnen sollen.

Das Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 — der Name „Antheilgesellschaft" wäre kürzer und nicht schlechter gewesen — hatte den Vortheil, sich an das ältere Recht des H.G.B. und seiner Ergänzungsgesetze anlehnen zu können. So weist es eine besonders gute Technik auf. Inhaltlich ist, wie verschiedentlich hervorgehoben wird, von dem so nachdrücklich betonten „Individualistischen" der offenen Handelsgesellschaft wenig genug übrig geblieben. Sehr richtig bemerken Parisius und Crüger (Kommentar S. 21, vergl. unten), daß den von dem Ausschusse des Handelstags aufgestellten „Grundzügen" schließlich nur die beschränkte Haftung der Gesellschaft er als Grundlage entnommen sei; sie sagen: „Ebenso wie die eingetragene Genossenschaft und die Aktiengesellschaft ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine kollektivistische Gesellschaftsform, und sie nimmt nicht blos eine Mittelstellung zwischen dieser und der individualistischen ein. Ob die Gesellschaft vom wirthschaftlichen Standpunkt individualistisch wird, ist eine reine Thatfrage, die bei jeder Gesellschaft nach den konkreten Verhältnissen zu beurtheilen ist." Das Gesetz fußt nämlich darauf, daß die dem Registerzwang unterliegende (§§. 7, 11) Gesellschaft ohne Rücksicht auf ihre Mitgliederzahl einen rechtlich selbständigen Organismus bilden muß. In der Verkleidung des Art. 213 H.G.B. wird der Grundsatz der Selbständigkeit, Erwerbs- und Parteifähigkeit

[1]) Ein sehr reichhaltiges Material zu der Entstehungsgeschichte des Gesetzes geben, außer J. Rießer, zur Revision des Handelsgesetzbuchs, Zweite Abtheilung (Stuttgart, 1889. Ferdinand Enke) S. 290—344, die Schriften des Vereins zur Wahrung der wirthschaftlichen Interessen von Handel und Gewerbe: Nr. 25. Die Erweiterung des Handelsrechts durch Einführung neuer Gesellschaftsformen, 123 S.; Nr. 26. Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, 136 S.; Nr. 27. Der Gesetzentwurf betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Verhandlungen des Handelstags vom 15. und 16. Januar 1892) 29 S. (Berlin, 1891—92. Druck der Norddeutschen Buchdruckerei und Verlagsanstalt).

Digitized by Google

der Gesellschaft, welche stets als Handelsgesellschaft gilt, ausgesprochen (§. 13 Abs. 1, 3). Zwar meint die Begründung des Gesetzentwurfs, damit sei die Frage nach der juristischen Persönlichkeit nicht entschieden, vielmehr der Lösung durch die Wissenschaft überlassen. Mit Fug aber entgegnet Goldschmidt (unten), unter einer Gesellschaft, welche „als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten hat," verstehe die Theorie und müsse die Theorie verstehen, wolle sie anders nicht völlig vernunftwidrig denken, eine juristische Person. Folgerichtig bestimmt das Gesetz, daß für die Gesellschaftsverbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet (§. 13 Abs. 2), kennt es eine gesetzliche Vertretung der Gesellschaft durch gekorene Geschäftsführer (§§. 6, 35), läßt es die Auflösung der Gesellschaft zufolge Aufkündigung eines Gesellschafters, seines Todes, Konkurses 2c. nicht zu. Nicht der Rechtslage gemäß ist die dem Entwurfe fremde Zulassung einer Personenfirma für die Korporation (§. 4). Dem individualistischen Elemente trägt die Aufnahme der Gesellschafter in eine bei dem Registergerichte befindliche, periodisch zu ergänzende Liste Rechnung (§§. 8 Abs. 1 Z. 3, 41). In Bezug auf die Vermögensgrundlage ist die Gesellschaft nicht völlig frei gestellt. Sie muß ein Stammkapital von mindestens 20 000 Mark in Stammeinlagen von mindestens je 500 Mark haben (§. 5 Abs. 1), welche den Geschäftsantheil bestimmen (§. 14). Hinsichtlich der Leistung der Gesellschafter auf dies Stammkapital und in Bezug auf die Erhaltung desselben finden im Wesentlichen die für das Grundkapital der Aktiengesellschaft maßgebenden, nur noch verschärften Sätze Anwendung (§§. 19—23, 30—34, 59). Zum Ersatze von Gründungsvorschriften, wie sie das Aktiengesetz aufweist, sind für die Deckung des Stammkapitals alle Gesellschafter als gemeinschaftlich subsidiär haftbar erklärt (§§. 24, 31 Abs. 3). Damit ist grundsätzlich ihre Einlagepflicht begrenzt. In Verfolg der Vorschläge aber, welche auf einen Ausbau der Gesellschaftsformen in Anlehnung an die Gewerkschaft gingen, ist fakultativ ein Zubußesystem geordnet. Der Gesellschaftsvertrag kann die Festsetzung von Nachschüssen in bestimmter oder unbestimmter Höhe zulassen (§. 26). Auf diese Nachschüsse haben indessen die Gesellschaftsgläubiger kein Recht. Ihre Einforderung ist der Gesellschaft allein überlassen; ihre Beträge stehen zur Ausgleichung von Verlusten, wie zur Rückzahlung, sofern nur das Stammkapital gedeckt ist, frei (§§. 30 Abs. 2, 43 Z. 3 und 4). Sind Nachschüsse in unbestimmter Höhe zugelassen, so darf der Gesellschafter sich der Nachschußpflicht durch Preisgabe des Geschäftsantheils entziehen (§. 27). Bei der Festsetzung von Nachschüssen in bestimmter Höhe ist das Preisgaberecht nicht gesetzlich anerkannt (§. 28). Auch eine Kombination ist freigelassen, nach welcher die Preisgabe erst geschehen darf, wenn die eingeforderten Nachschüsse einen im Gesellschaftsvertrage bestimmten Betrag übersteigen (§. 27 Abs. 4.). Wie Simon in der Holdheim'schen Wochenschrift 1892 S. 224 zutreffend hervorgehoben hat, bestehen demnach vier Arten von G. m. b. H.: 1. Gesellschaften ohne Nachschußpflicht und 2. Gesellschaften mit Nachschußpflicht und zwar diese a) mit unbeschränkter Nachschußpflicht und unbeschränktem Preisgaberecht (§. 27 Abs. 1), b) mit unbeschränkter Nachschußpflicht und beschränktem Preisgaberecht (§. 27

Digitized by Google

Abs. 4), c) mit beschränkter Nachschußpflicht ohne Preisgaberecht (§. 28). In Hinblick auf die Zuckergesellschaften ist die Möglichkeit gewährt, daß die Theilnehmer in dem Gesellschaftsvertrage neben den Kapitaleinlagen Leistungen anderer Art übernehmen können (§. 3 Abs. 2). Bei dem den neuen Gesellschaften gegönnten Maße von Freiheit mußte selbstverständlich das Problem gelöst werden, dieselben gegen die in strengerer Haft gehaltenen Aktiengesellschaften abzugrenzen. Das Mittel bestand darin, den G. m. b. H. die Aktie als Börsenwerth zu versagen. Zwar ist die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit der Geschäftsantheile anerkannt (§. 15 Abs. 1); doch ist wenigstens für den ersten Beitritt zu der Gesellschaft nur ein Antheil jedes Gesellschafters zugelassen (§. 14) und zur Abtretung von Geschäftsantheilen ein Vertrag in gerichtlicher oder notarieller Form erfordert (§. 15 Abs. 3, 4). Der Erfolg dürfte, wie Goldschmidt es ausdrückt, sein, daß, „wo die börsenmäßige Aktiengesellschaft indicirt ist, welche für ihre Papiere einen Markt sucht, die neue Gesellschaftsform unbrauchbar" ist. Hinsichtlich der äußeren Beziehungen ist die Vertretungsmacht der Geschäftsführer nach Art des Vorstands der Aktiengesellschaft gesetzlich bestimmt (§. 37). In Betreff der inneren Beziehungen ist grundsätzlich Vertragsfreiheit gewährt (§. 46). Nur hat das Gesetz im Anschluß an englische Vorbilder ein Normalstatut aufgestellt (§§. 47—52), welches das Mehrheitsprinzip, unter Gewährung von einer Stimme „für jede hundert Mark eines Geschäftsantheils" (soll wohl heißen „einer Stammeinlage") annimmt (§. 48). Auch die Bestellung eines Aufsichtsraths ist völlig freigegeben (§. 53). Hervorzuheben ist noch, daß die Bilanzvorschriften materiell auf dem Boden des Aktienrechts ruhen, während formell im Gegensatze zu dem letzteren die Veröffentlichung der Bilanz nicht — außer bei Banken — stattfindet (§§. 43, 42 Abs. 4). Weiter, daß einem Gesellschafterbruchtheile wegen wichtiger Gründe eine Auflösungsklage zugestanden ist (§. 61) und auch eine Auflösung wegen Gefährdung des Gemeinwohls durch die Gesellschaft, wie nach §. 79 des Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889, stattfindet (§. 62).

Dem Gesetze ist Originalität nicht abzusprechen. Ob es, wie Förtsch sagt, nicht einem Schuß in's Blaue zu vergleichen ist, sondern einem wohlgezielten Schuß, der wegen Beweglichkeit des Zieles letzteres verfehlen kann, muß der Erfolg lehren. Was die bisherige Anwendung des Gesetzes betrifft, so steht dieselbe weder mit dem Drängen des Handelsstands auf dessen Herstellung, noch mit der Anzahl der Erläuterungen des Gesetzestextes in irgend welchem Einklange. Für das Jahr 1892 zählt die Holdheim'sche Wochenschrift 60, für das Jahr 1893 zählt ebendiese bis zum 1. Juli 76 Gesellschaften mit beschränkter Haftung auf. Selbst dem Gesetze so wohlgesinnte Schriftsteller, wie Parisius und Crüger gestehen, daß von dem Gesetze noch nicht in solchem Umfange Gebrauch gemacht sei, wie es nach der Stellungnahme des Handelsstands zu ihm hätte erwartet werden können, und bezeichnen als vermuthlichen Grund das Darniederliegen der Wirthschaft, die mangelnde Unternehmungslust. Wie gering die Ziffern sind, mag eine einzige beliebige Nummer des

Digitized by Google

Central-Handels-Registers erweisen, aus welcher bei glücklichem Griffe wohl an 50 anderweite Firmen zu entnehmen sind. Schon im Entstehungsstadium sind dem Gesetz in O. Bähr und L. Goldschmidt gewichtige Gegner erstanden. Bähr[2]) macht geltend: der Entwurf werfe die ganze Lehre von dem Erwerbe der juristischen Persönlichkeit durch Verleihung der Staatsgewalt über Bord; es liege ein Bedürfniß nach dieser Gesellschaftsform nicht, vielmehr nur ein solches nach der Freigabe der Rechts- und Pflichtfähigkeit aller Gesellschaften und Vereine und nach der Ergänzung des Aktienrechts in der Richtung der Zubußpflicht vor; es würde die weitere Zulassung der beschränkten Haftung zu mißbräuchlicher Anwendung führen, auch seien die Garantien für die Sicherung des Gesellschaftskapitals nicht hinreichend. Er meint, daß, wenn einmal das Prinzip der beschränkten Haftung nicht nur dem kollektivistischen, sondern auch dem individualistischen Geschäftsbetriebe zu Gute kommen solle, nicht einzusehen sei, warum es nicht auf jeden Einzelkaufmann erstreckt werde. Goldschmidt[3]) zeichnet zunächst mit Strichen der Meisterhand die Entstehung der heutigen Gesellschaftsformen des deutschen Rechtes. Er zeigt, wie der Grundsatz der Unbegrenztheit dieser Formen siegreich durchgekämpft worden ist und in der neuesten Genossenschaftsgesetzgebung triumphirt hat. Aus der hierbei erfolgten Befreiung von den Vorbildern des Auslands, aus der Selbständigkeit des deutschen Handelsrechts in Doktrin und Praxis erklärt er das Wagniß einer originellen Rechtsschöpfung, wie der nunmehr in das Leben getretenen. Im Gegensatze zu Bähr, nach dessen Annahme der legislative Versuch nur den Schwindel befördern wird, rechnet Goldschmidt mit der Thatsache, daß hervorragende Kenner des deutschen Wirthschaftslebens, daß die Mehrzahl der deutschen Handelskammern die bisherigen Gesellschaftsformen für die Erreichung wirthschaftlicher Zwecke als unzulänglich erkannt haben. Aber er erhebt nichtsdestoweniger schwere Bedenken: Er befürchtet einmal, daß die neue Gesellschaftsform den grundsätzlich soliderenden der offenen, Kommandit- oder stillen Gesellschaft den Boden abgraben wird. Er meint weiter, daß an sich das eventuell zu reformirende Aktiengesetz dem Bedürfnisse nach Beschränkung der Haftbarkeit aller Betheiligten gerecht werden kann und nur die erstrebte Zubußpflicht einen ausreichenden Grund abgiebt, um neben der Aktiengesellschaft eine neue Form der Kapitalgesellschaft zu schaffen. Im Anschlusse hieran rügt er, daß die neue Gesellschaft nur dann Zubußegesellschaft ist, wenn sie es sein will. Wiederum abweichend von Bähr tritt Goldschmidt zwar für die Freigebung der Korporationsbildung unter gesetzlichen Bedingungen ein; aber er führt aus, daß die Formel der juristischen Person allerdings für die aktien-

[2]) O. Bähr. Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Leipzig, 1892. Fr. Wilh. Grunow. (Sonderabdruck aus dem „Grenzboten", Jahrg. 51, Viertelj. 1, S. 210 ff.)

[3]) Dr. L. Goldschmidt, Geheimer Justizrath und ordentlicher Professor ꝛc. Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft. Berlin, 1892. Otto Liebmann. 43 S.

Digitized by Google

artigen, auf einen umfassenden, normaler Weise wechselnden Personenbestand berechneten Kapitalgesellschaften, allein nicht für ganz individualistische Personenverbindungen paßt. Er erhebt den entschiedensten Widerspruch gegen die Anerkennung jeder Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche zu irgend welchem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet ist, als juristischer Person und deren Privilegirung als Kaufmanns. So formulirt er seine Vorschläge im Wesentlichen dahin: Der Entwurf hat sich auf Gesellschaften zu Handelszwecken, worin ja auch die meisten Industriegewerbe einbegriffen sind, zu beschränken (mit Eventualvorschlag der Erstreckung auf das Gewerbe); Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind nur als Zubußegesellschaften zuzulassen; die konstruktive Frage, ob diese Gesellschaften als juristische Personen zu gelten haben, ist vom Gesetze lediglich der Wissenschaft und Praxis zu überlassen, wobei es denkbar ist, daß je nach der Sachlage die juristische Persönlichkeit anzuerkennen oder zu verneinen sein wird. — Daß auch die Vorschläge Goldschmidt's nicht unanfechtbar sind, ist zuzugeben. Namentlich scheint eine Unsicherheit in der letztbezeichneten Richtung sehr bedenklich. Aber daß solches Gedankenmaterial vorweg zum alten Eisen geworfen wurde, ist schwer zu beklagen.

Schon jetzt hat sich eine Stimme erhoben, welche der neuen Gesellschaft jede Kreditbasis abspricht: Neukamp weist in seinem Kommentar darauf hin: wenn das Aktivreinvermögen einer mit einem baargezahlten Stammkapital von einer Million Mark gegründeten Gesellschaft auf 10 000 Mark zusammengeschmolzen sei, könne der Kreditgeber dem Handelsregister nur entnehmen, daß das vollgezahlte Stammkapital eine Million Mark betrage, da die Bilanz nicht öffentlich zugänglich sei. Er schlägt auch bereits eine Gesetzesreform vor: die subsidiäre persönliche Haftung jedes Gesellschafters bis zur Höhe der von ihm übernommenen Stammeinlage, unter Vorschrift sofortiger Anmeldung jedes Wechsels in den Personen der Gesellschafter zum Handelsregister und einer Beschränkung der persönlichen Haftung auf den Zeitraum von 5 Jahren seit Anmeldung dieses Wechsels. Das hieße etwas zu früh am lebenden Körper experimentiren. Vorläufig meine ich mit Parisius und Crüger (Kommentar S. 33), „daß die Gläubiger bei jeder Gesellschaft wie bei jeder physischen Person geschädigt werden können" und halte mir mit ihnen gegenwärtig, daß nach den Erfahrungen nicht lange verflossener Zeit dies selbst die strengsten gesetzlichen Bestimmungen nicht zu hindern vermögen.

Es ist bereits hervorgehoben worden, daß die Zahl der Erläuterungen des Gesetzes zu der Zahl der ihm bisher unterfallenden Gesellschaften in einem Mißverhältnisse steht. Nicht weniger als sechs Kommentare liegen bereits vor und noch immer ist die Fluth nicht beendet. Als die eigenartigste und zugleich vom wissenschaftlichen Standpunkt aus hervorragendste Erscheinung ist die Arbeit von E. Neukamp anzuerkennen.[4]) Der Verfasser ist der überzeugte

[4]) Ernst Neukamp, Amtsrichter in Göttingen. Das Reichsgesetz ꝛc. vom 20. April 1892. Erläutert. Berlin, 1893. Carl Heymanns Verlag. XVI und 316 S.

Digitized by Google

Anhänger von Gierke; er verfolgt den ausgesprochenen Zweck, der Lehre desselben praktische Geltung zu verschaffen. Auch ich habe, so oft mir die Gelegenheit gegeben war, auf die durchaus nicht nach Gebühr gewürdigte Bedeutung Gierke's für das Recht der Genossenschaften in weiterem Sinne hingewiesen, wobei ich dahingestellt lassen muß, ob nicht ein ebenso geistvoller Schriftsteller auch auf dem Boden des modernen römischen Rechtes zu mindestens sehr ähnlichen Ergebnissen hätte kommen können: zwischen der Erfassung der Körperschaft als realer Gesammtperson und der Vorstellung derselben als solcher dürfte keine Kluft liegen, welche nicht zu überbrücken wäre. Daß also der Verfasser Gierke's Theorie der Praxis bietet, rechne ich ihm nur hoch an. Aber es scheint, als hätte gerade dieser Aufgabe geschickter gedient werden können. Das Orakelhafte der Lehre, das allzuviele „Sozial- und Individualrecht" im Gegensatz und in der Verschlingung möchte dem Praktiker geringen Eindruck machen. Um Gierke's Lehre zu popularisiren, wäre wohl, unter entsprechendem Hinweise, Ausspruch und Anwendung der Grundsätze: Die Körperschaft ist willensfähig, sie ist handlungsfähig, sie kann delinquiren, sie will und handelt durch Organe, unmittelbar, nicht wie eine Person durch eine sie vertretende andere ꝛc. ꝛc. — wirkungsvoller gewesen. Die, sicherlich richtige Theorie von dem körperschaftlichen Vorleben im Entwickelungsstadium, vom körperschaftlichen Nachleben im Auflösungsstadium läßt sich schließlich mit wenigen Worten andeuten: sie auszuführen, erscheint nur ein größeres Werk geeignet, als dasjenige von Neukamp es ist. Soviel gegen die Methode der Schrift. Im Einzelnen überspannt der Verfasser nicht selten den Bogen: §. 35 des Gesetzes bestimmt, daß die Gesellschaft durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten wird. Allein warum sollen die Geschäftsführer, dieser „gesetzliche Vertreter", das Organ sein, durch welches die Gesellschaft ausschließlich mit der Außenwelt in rechtliche Beziehung tritt (S. 106). Warum können nicht auch die Gesellschafter als Organ in Betracht kommen, sofern ihr Beschluß in legaler Form ergeht? Daß es nicht ganz so streng mit der Unmöglichkeit einer Vertretung der Gesellschaft durch die Gesellschafter ist, muß Neukamp selbst für einige Ausnahmefälle zugeben (S. 164, 167). Auch die preußischrechtliche Gewerkschaft ist eine juristische Person; auch sie wird durch den Repräsentanten oder Grubenvorstand als Organ nach außen vertreten; und doch hat das Reichsgericht unter Anerkennung dieser Rechtslage nicht Anstand genommen, den in einer Gewerkenversammlung auf vorschriftsmäßige Berufung erschienenen Gewerken das Recht der unmittelbaren Paciszirung mit dritten Personen zuzubilligen (Daubenspeck, Bergrechtliche Entscheidungen S. 155, Preuß. Just.-Min.-Bl. 1881 S. 19). In einer ganz ähnlichen Richtung bewegt sich die Ausführung zu §. 35 Abs. 3 des Gesetzes, welcher in wesentlicher Uebereinstimmung mit Art. 229 Abs. 2 H.G.B. über die Zeichnung der Gesellschaftsfirma im Rechtsverkehr verfügt. Die letztere Bestimmung wird allgemein, auch von Gierke als Ordnungsvorschrift aufgefaßt. Der Verfasser ist hier plus royaliste que le roi: er regt das Bedenken an, ob nicht von dem Gesetze beabsichtigt ist, für

Digitized by Google

juristische Personen in unabänderlicher Weise festzustellen, in welcher Form die Gesellschaftsorgane insbesondere schriftliche Willenserklärungen Namens der Gesellschaft abzugeben haben (S. 110 f.). Allein es müßte eben bewiesen werden, daß hier eine verfassungsmäßige Form, deren Wahrung für die Willensäußerung der juristischen Person wesentlich ist, geschaffen werden sollte — ein Beweis, welcher an dem Schlußsatze des §. 36 scheitern dürfte. Weitere Ausstellungen gegen Einzelheiten des Neukamp'schen Buches wären noch genug zu erheben. Aber gerade aus den bisher vorgebrachten erhellt, daß es sich hier nicht um einen Dutzendkommentar handelt, sondern um eine ernste, wissenschaftliche Arbeit, mit welcher stets zu rechnen ist. Neukamp hat mit jenen Materialienplünderern und Wiederkäuern fremder Gedanken, welche sich Kommentatoren zu nennen belieben, auch nicht das Mindeste gemein. Er ist ein durchaus selbständiger Geist, der auch die von ihm für richtig erkannten Lehren Gierke's nicht nachbetet, sondern denkend fortentwickelt. Seine Gabe, in fremden Ausführungen den wunden Punkt zu finden, ist eine sehr bemerkenswerthe. Naturgemäß wird eine Schrift, welche so viel Eigenes und darum Neues giebt, auch vielfach auf Widerspruch stoßen. Aber überall erheischt das wohlerwogene Urtheil des Verfassers die eingehendste Beachtung.

Den größten Gegensatz zu dem vorbesprochenen Kommentar bildet der in seiner Art sehr gute von L. Parisius und H. Crüger.[5]) Die bekannten Genossenschaftspraktiker haben sich, wie schon in ihrer Erläuterung des Genossenschaftsgesetzes, nicht damit begnügt, den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes Bemerkungen anzuhängen. Sie haben vielmehr dem eigentlichen Kommentar einen umfangreichen ersten Theil (S. 1—54) vorausgeschickt, welcher eine Darstellung der Bestrebungen auf Einführung neuer Gesellschaftsformen und eine systematische Bearbeitung des Gesetzes enthält. Diese Einleitung erscheint als eine hervorragend gelungene. In rechtspolitischer Beziehung vertreten die Verfasser hier den Standpunkt äußerster Freiheit. Von ihm aus wenden sie sich mannigfach gegen Bähr und Goldschmidt; nicht ohne Fug machen sie insbesondere gegen den Letzteren geltend, daß nur bei seiner Auffassung, nach welcher das Gesetz auf Gesellschaften zu Handelszwecken hätte beschränkt werden sollen, das Verlangen nach der obligatorischen Zubußgesellschaft zu rechtfertigen ist (S. 39). Hervorzuheben bei der Stellung der Verfasser ist ihr Urtheil, daß die Gesellschaft m. b. H. nur sehr selten die Genossenschaft ersetzen kann, und zwar wegen ihrer Natur als Kapitalgesellschaft und der damit verbundenen Geschlossenheit der Mitgliederzahl (S. 52 f.). In rechtlicher Hinsicht klären die Verfasser ansprechend die Eigenart der Gesellschaft m. b. H. durch Gegenüberstellung ihrer Merkmale und derjenigen der offenen Handelsgesellschaft, der Aktiengesellschaft und der

[5]) Ludolf Parisius und Dr. jur. Hans Crüger. Das Reichsgesetz ꝛc. vom 20. April 1892. Systematische Darstellung und Kommentar nebst Statutentwürfen und praktischer Anweisung für die Registerführung. Berlin, 1893. J. Guttentag. 249 S. (Supplement steht noch aus.)

Digitized by Google

eingetragenen Genossenschaft m. b. H. auf (S. 23 ff.). Vielleicht wäre hier ein Seitenblick auf die Gewerkschaft am Platze gewesen. In dem Kommentar selbst ist knapp und klar das Wesentliche gesagt. Auf Einzelheiten — wie die sonderbare Konstruktion, daß zufolge der Veräußerung der Geschäftsantheile die Mitgliederzahl bis auf einen Gesellschafter herabsinken und schließlich auch dieser seinen letzten Antheil an die Gesellschaft abtreten kann, ohne daß diese darum untergeht (S. 95), — kann nicht eingegangen werden. Lehrreich ist die stete Heranziehung der den bisherigen Eintragungen von Gesellschaften m. b. H. entnommenen Praxis. Leider läßt sich diese wünschenswerthe Berücksichtigung der normalen Lebensäußerungen nur bei einem so jugendlichen Rechtsinstitute verwirklichen. Schwillt erst die Fluth der Eintragungen, wie bei der Aktiengesellschaft, so treten naturgemäß die pathologischen Erscheinungen der Gerichtssäle in den Vordergrund; die statistische Vergleichung zwischen Gesunden und Kranken wird von der berufenen Stelle nicht angestellt und unterschiedslos muß Jeder das untrügliche Heilmittel des Gelegenheitsgesetzes hinnehmen.

Diesen Bearbeitungen schließt sich an Bedeutung diejenige von F. Birkenbihl[6]) an. In ihr ist der Schwerpunkt in den eigentlichen Kommentar gelegt. Bei der Erläuterung des neuen Gesetzes war ein großes Hinderniß zu nehmen: das Gesetz ist unselbständig insofern, als es sehr zahlreiche Bestimmungen, theilweise mit Modifikationen, früheren Gesetzen entlehnt; in Betracht kommt hier namentlich das Aktiengesetz. Es mußte sich für den Bearbeiter fragen, wie er sich zu den für jene älteren Gesetze gewonnenen Ergebnissen der Praxis und der Theorie stellen sollte. Neukamp trifft eine Auswahl; er knüpft zumeist nur an solche älteren Aussprüche an, welche ihm von grundsätzlicher Bedeutung zumal in Bezug auf die von ihm vertretene Lehre erscheinen, hier häufig mit eingehender Kritik. Parisius und Crüger stehen auf dem Boden der älteren Erläuterungen; sie übernehmen, soweit sie es für nöthig erachten, deren Schlußsätze, ohne sich auf nähere Begründung einzulassen. So ist nicht zu verkennen, daß die Bearbeitungen dieser Autoren eigentlich noch ein Zurückgehen auf die Erläuterungen zu anderen Gesetzen, namentlich zum Aktiengesetz, erheischen. Anders hat sich Birkenbihl die Aufgabe gestellt, den gesammten in Betracht kommenden Rechtsstoff einheitlich zu verarbeiten; die Materialien des Gesetzes, die litterarischen Vorarbeiten zu demselben, die Aeußerungen der Organe des Handelsstands, die Bearbeitungen des Aktien- und Genossenschaftsgesetzes, die bisherige Praxis der Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind in eingehendster Weise verwerthet. Der Verfasser hat den ungeheuren Stoff durchaus zu bewältigen vermocht; das Werk verräth nicht, welche Arbeit das Einfügen jedes einzelnen Steines gekostet haben muß. Dabei ist, wo es angezeigt war, Selbständigkeit

[6]) Ferdinand Birkenbihl, Gerichtsassessor. Das Reichsgesetz 2c. vom 20. April 1892 nebst einem Anhang. Erläutert. Berlin, 1893. Siemenroth & Worms. VIII und 411 S.

Digitized by Google

des Urtheils gewahrt. Daß gerade das vorliegende Buch bei mir erneut das Bedenken angeregt hat, ob es sich verlohnt, neben den führenden Schriftstellern auch noch den Troß der Abschreiber eines Citats zu würdigen, will ich nicht verschweigen. Wenn im Uebrigen etwas an dem Buche auszusetzen ist, mag es der Mangel der Uebersichtlichkeit sein. Hier hätte durch Ueberschreibung der einzelnen Abschnitte Abhülfe geschaffen werden können.

In der Anlage ist dem Kommentar von Parisius und Crüger derjenige von R. Förtsch[7]) verwandt; nur daß dem letzteren das weitaus Werthvollste des ersteren, die historische und dogmatische Einleitung fehlt. Förtsch deutet zumeist an, was von den Erläuterungen zu früheren Gesetzen für das neue von Belang ist; nur ist die Methode nicht recht klar: das bewußte Maßhalten in der Wiederholung aus dem Gesellschaftsrecht und aus dessen Bearbeitungen ist noch kein Prinzip. Zu den eigenthümlichen Bestimmungen des Gesetzes ist Vielerlei mit Verständniß und Feinheit bemerkt; das Puchelt'sche Aphorismenthum hat der Verfasser offenbar bewahren gewollt. Nicht gewöhnlich ist die Kunst des Verfassers, in ganz kurzen Sätzen das Wesentliche zu sagen und zu begründen.

Kein weites Ziel hat sich R. Esser[8]) gesteckt, dessen Anregungen bekanntlich von großem Einfluß auf die Schöpfung dieser neuesten Gesellschaftsform gewesen sind. Er widmet sich dem von ihm selbst für nicht schwierig erklärten Unternehmen, die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen in ihrer Reihenfolge an der Hand der Begründung des Entwurfs und des Berichts der Reichstagskommission zu erläutern. Eigentlich wird mit solcher Zusammenstellung, da die Gesetzesmaterialien buchhändlerisch zugänglich sind, nicht gerade viel gewonnen. Bedeutungsvoller sind die kritischen Bemerkungen des Verfassers. Hier tritt, auch wo es sich um die Erläuterung des geltenden Rechtes handelt, die Sachkenntniß Esser's überall hervor.

Der etwas ausführlicheren Erläuterung von Th. Hergenhahn[9]) vermag ich wenig Geschmack abzugewinnen. Es handelt sich auch hier wesentlich um eine Verarbeitung der Gesetzesmaterialien unter summarischer Berücksichtigung der für die grundlegenden Gesetze, namentlich das Aktiengesetz, gewonnenen Ergebnisse. Vielfache Ungenauigkeiten, auch in der Wiedergabe des Gesetzestextes, haben bereits anderweit gerechte Rüge erfahren (Simon in der Wochenschrift für Aktienrecht 1892 S. 223).

---

[7]) R. Förtsch, Reichsgerichtsrath. Gesetz ꝛc. vom 20. April 1892. Erläutert. (Supplement zu dem Kommentar zum H.G.B. von Dr. Ernst Sigismund Puchelt). Leipzig, 1892. Roßberg'sche Buchhandlung. VIII und 189 S.

[8]) Robert Esser, Justizrath in Köln. Das Reichsgesetz ꝛc. vom 20. April 1892. Erläutert. Berlin, 1892. Julius Springer. VII und 99 S.

[9]) Th. Hergenhahn, Oberlandesgerichtsrath a. D. Das Reichsgesetz ꝛc. vom 20. April 1892. Mit einer Einleitung ꝛc. Erläutert. Berlin, 1892. Otto Liebmann. VII und 184 S.

Digitized by Google

Eine brauchbare Textausgabe des Gesetzes mit orientirender Einleitung und kurzen Erläuterungen nach den Gesetzesmaterialien wird von W. Zeller geboten.[10])

In der bekannten, geschickten Art hat C. Gareis seinem vielbenutzten Lehrbuche des Handelsrechts eine systematische Bearbeitung des Gesetzes als Anhang nachgeschickt.[11]) Hervorzuheben ist, daß der Verfasser der neuen Gesellschaftsform den systematischen Platz hinter allen Handelsgesellschaften, einschließlich der Genossenschaft, angewiesen hat, während K. Cosack sie in seinem Lehrbuche (unten S. 375) zwischen die Aktiengesellschaft und die Aktienkommanditgesellschaft einreiht. Von der Auffassung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Abart der Aktiengesellschaft (so Cosack S. 636) hat Gareis die Einmischung individualistischer Momente (Personenfirma, Nachschußpflicht) abgehalten (S. 4).

Eine anderweite systematische Bearbeitung rührt von J. Lubszynski her[12]), wesentlich eine Paraphrasirung des Gesetzestextes mit einigen Anführungen, ohne selbständigen Werth.

Von Einzelerörterungen ist mir, außer den in Zeitschriften, namentlich der Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen von P. Holdheim erschienenen, nur die Schrift von J. N. Michel über den Rechtscharakter der neuen Gesellschaft bekannt geworden.[13]) Der Verfasser thut mit bekannten Schlagworten die deutschrechtlichen Theorien schnell ab und gelangt so zu der unfehlbaren Alternative der universitas und societas. Er erachtet den Begriff der Letzteren für unvereinbar mit der Verfassung, der Vermögensfähigkeit und den inneren und äußeren Rechtsverhältnissen der Mitglieder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in welcher er vielmehr eine juristische Person und zwar eine Korporation erkennt. Daraus zieht er einige Folgerungen. In doch wohl der so lebhaft verworfenen deutschrechtlichen Auffassung entlehntem Gedankengange (Gierke, die Genossenschaftstheorie S. 743 ff.) vertritt der Verfasser die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eine Auffassung, welche freilich im Hinblicke auf §. 62 des Gesetzes nicht abzuweisen ist. Der Verfasser hat wohl eine Schrift von dem Wesen der alten trefflichen „Der Rechtscharakter der Aktienvereine" von R. Hermann bieten wollen, aber nicht können.

---

[10]) Dr. W. Zeller, Großherzoglich Hessischer Regierungsrath. Reichsgesetz ꝛc. vom 20. April 1892. Mit Einleitung und Erläuterungen ꝛc. bearbeitet. XVIII und 93 S.

[11]) Dr. Carl Gareis, ordentlicher Professor der Rechte in Königsberg i. Pr. Das Reichsgesetz ꝛc. vom 20. April 1892. Systematisch dargestellt. Berlin, 1893. J. Guttentag. 56 S.

[12]) Dr. jur. Jul. Lubszynski. Das Reichsgesetz ꝛc. vom 20. April 1892. Berlin, 1893. Internationale Verlags-Anstalt. 104 S.

[13]) Dr. J. Nep. Michel, Rechtspraktikant in Nürnberg Der Rechtscharakter der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Fürth i. B., 1892. Georg Rosenberg. 40 S.

Digitized by Google

V.

Neue handelsrechtliche Litteratur.

Von **U. Ring.**

Für das Vorschreiten des internationalen Verkehrs und Rechtes stellt sicherlich das mit dem 1. Januar 1893 in Kraft getretene Internationale Uebereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr eine der wichtigsten Etappen dar. Mit Recht ist betont worden, daß der Verkehr, und namentlich der internationale, zwar nicht durch Verträge und Verordnungen gemacht werden kann, daß ihn aber freundschaftliche Verständigung der betheiligten Völker und Regierungen ungemein zu heben vermag und die mächtigste Förderung in der Herstellung eines sicheren Rechtszustands liegt. Das Gesammtbild, welches Gerstner (unten) von dem Vertragswerk entwirft, zeigt dessen Bedeutung in dem hellsten Lichte. „Das Internationale Uebereinkommen", so sagt er, „wie es schließlich aus den Verhandlungen hervorgegangen ist, schafft ein vollständiges und gemeinfaßliches, wesentlich einheitliches Recht für den internationalen Güterverkehr unter den Eisenbahnen des größten Theiles des europäischen Kontinents. Auf einem Gebiete von rund 7½ Millionen Quadratkilometern mit 260 Millionen Einwohnern sind alle für den internationalen Verkehr wichtigen Bahnen in einer Ausdehnung von etwa 150 000 Kilometern zu einer Gemeinschaft verbunden, welche diese Linien in gewissem Sinne als einheitliches Netz erscheinen läßt und sie in ihrem wechselseitigen internationalen Verkehr den gleichen festen Rechtsnormen unterwirft". Das Uebereinkommen regelt nur den direkten internationalen Verkehr der mit dem vorgeschriebenen Frachtbriefe aufgegebenen Güter aus dem Gebiet eines in das Gebiet eines anderen Vertragsstaats. Der innere Frachtverkehr, der Personenverkehr einschließlich der mit ihm zusammenhängenden Beförderung von Gegenständen, insbesondere von Reisegepäck, ist von dem Uebereinkommen ausgeschlossen. Daß sich allmälig auch der innere Verkehr den Grundsätzen des Uebereinkommens anpassen wird, wie dies schon zum guten Theile geschehen ist, liegt in der Natur der Sache.

Digitized by Google

Der Bedeutung des Vertragswerks wird die Erläuterung von Th. Gerstner[1]) voll gerecht. Der Verfasser, welcher von den ersten Verhandlungen und Entwürfen an bis zum Abschlusse des Uebereinkommens als Referent im Reichs-Eisenbahn-Amt und als einer der deutschen Delegirten zu den Berner Konferenzen fast durch Jahrzehnte an dem Werke theilgenommen hat, ist, wie kaum ein Anderer zu der wissenschaftlichen Darstellung des Stoffes berufen. Er hat die systematische Form gewählt, jedoch nur in der Weise, daß Text und Erläuterung zu einem Ganzen verbunden sind. Ueberall tritt die volle Beherrschung des Gebiets hervor; die straffe Sprache ist besonders anzuerkennen. Unerfreulich wirkt nur die harte Beurtheilung von Männern, welche doch auch ihres Theiles an dem großen Werke mitgearbeitet haben (S. 18 f., 43, 484 ꝛc.). Schließlich bleibt die von Gerstner mit vieler Schärfe behandelte Frage nach der Vaterschaft wenigstens für Gesetze von untergeordneter Bedeutung. Hier hatte überdies schon v. d. Leyen das Nöthige gesagt (Goldschmidt's Z. Bd. 34 S. 302). Selbstverständlich bietet die Erläuterung auch nach der rein civilistischen Seite hin reiche Ausbeute. Nur beispielsweise sei auf die Fragen nach der Rechtsnatur des Frachtvertrags als Konsensual- oder Realvertrags (S. 94 ff.), nach dem Wesen des Frachtbriefs als Begleitpapier und Beweisurkunde (S. 110 ff.), nach der Bedeutung der höheren Gewalt (S. 333 ff.) ꝛc. hervorgehoben. Die Darstellung Gerstner's steht überall auf der Höhe des besten Verständnisses für Verkehr und Recht.

In seiner Textausgabe des Uebereinkommens hat G. Eger[2]) den einzelnen Artikeln desselben nebst Ausführungsbestimmungen und Anlagen auch die betreffenden Ergänzungsbestimmungen des Betriebs-Reglements des Vereins deutscher Eisenbahn-Verwaltungen und Nachweise über die in den Einzelstaaten geltenden Vorschriften hinzugefügt. Zudem ist in Anmerkungen kurz das wesentliche Material zusammengestellt, so daß eigentlich eine ziemlich erschöpfende Erläuterung des Vertrags geboten wird. Trotzdem hat Eger auch noch einen sehr ausführlichen anderweiten Kommentar zu dem Uebereinkommen begonnen,[3]) welcher sich an sein in den Jahren 1888 bis 1891 in zweiter Auflage erschienenes, bekanntes Werk „Das Deutsche Frachtrecht mit besonderer Berücksichtigung des

---

[1]) Dr. jur. Theodor Gerstner, Geheimer Ober-Regierungsrath und vortragender Rath im Reichs-Eisenbahn-Amt ꝛc. Internationales Eisenbahn-Frachtrecht. Das zu Bern am 14. Oktober 1890 ... abgeschlossene Internationale Uebereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr, in systematischer Darstellung erläutert. Berlin, 1893. Franz Vahlen. XVIII und 618 Seiten.

[2]) Dr. jur. Georg Eger, Regierungsrath und Justiziar der Königlichen Eisenbahn-Direktion zu Breslau. Das internationale Uebereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr ꝛc. Textausgabe mit Anmerkungen. Breslau, 1893. J. U. Kern's Verlag (Max Müller). XVI und 204 Seiten.

[3]) Dr. jur. Georg Eger ꝛc. Das internationale Uebereinkommen ꝛc. Erläutert mit eingehender Berücksichtigung der Materialien. Berlin, 1893. Carl Heymanns Verlag. Bisher 2 Hefte, XXXXI und 518 Seiten.

Digitized by Google

Eisenbahnfrachtrechts" auch äußerlich anschließt. Die Vorzüge dieses Buches, das stets sorgfältige Eingehen auf jede Frage, die Erschöpfung des bisher vorhandenen Materials, die Abrundung der Darstellung fast zu Abhandlungen sind auch der Bearbeitung des Uebereinkommens nachzurühmen. Aber die neue Arbeit weist auch die Mängel der älteren, die ungemeine Weitschweifigkeit, die nicht ausreichende Schärfe in Eintheilung und Darlegung fast unverändert auf. Ein näheres Eingehen wird für den Abschluß des Werkes vorbehalten.

J. Schwab hat das Uebereinkommen dem H.-G.-B. und dem zur Zeit der Herausgabe dieses Werkes noch nicht veränderten bisherigen Vereins-Betriebsreglement gegenübergestellt.[4]) Die Neuerungen sind hervorgehoben und kritisch beleuchtet. Das mit eigener Systematik verfaßte Buch ist nach dieser rechtsvergleichenden und kritischen Tendenz für die gegenwärtige Praxis von minder unmittelbarer Bedeutung. Bei dem Studium von Einzelfragen werden aber sicherlich die Bemerkungen eines so gründlichen Kenners der Materie, wie der Verfasser es ist, zu Rathe gezogen werden müssen; daß ihm auch hierin seine ziemlich abfällige Kritik des Vertragswerks von anderen Auslegern angerechnet zu werden scheint, ist zu bedauern.

Eine sehr gute Einführung in das Verständniß des Uebereinkommens wird von A. von der Leyen in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 39 S. 1 ff. gegeben.

Angeschlossen sei hier gleich die Besprechung einiger anderer eisenbahnrechtlichen Schriften, obschon es sich wenigstens bei der ersten derselben nicht um internationale Beziehungen handelt.

Der öffentliche Eisenbahnverkehr ist nicht vom Kleinen zum Großen aufgestiegen, sondern vom Großen zum Kleinen gelangt. Erst allmälig sind die Schienenwege auch für öffentliche Verkehrsmittel geringerer Art zur Anwendung gekommen. Das Preußische Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 rechnet nur mit dem Großbetriebe. Das Recht der ihm nicht unterfallenden Bahnen fiel mangels anderweiter gesetzlicher Regelung in das Leere. Dem hierdurch hervorgerufenen Zustande der Rechtsunsicherheit hat das Preußische Gesetz vom 28. Juli 1892 über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen ein Ende bereitet. Dasselbe regelt, soweit geboten, das öffentliche Recht aller dem Gesetze vom 3. November 1838 nicht unterliegenden Schienenbahnen, welche für den öffentlichen Verkehr bestimmt sind, gleichviel, wer sie anlegt und betreibt, und ob der Betrieb durch Maschinen-, Pferde- oder andere Kraft erfolgt, sowie das Recht der nur zu Privatzwecken dienenden Bahnen; dies aber lediglich insoweit, als dieselben mit öffentlichen Bahnen irgend welcher Art dergestalt, daß ein Uebergang der Betriebsmittel stattfinden kann, in unmittelbarer Gleisverbindung stehen und für den Betrieb mit Maschinen eingerichtet sind oder werden sollen.

[4]) Dr. Josef Schwab, Sekretär der Kaiser Ferdinands-Nordbahn in Wien. Das Internationale Uebereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr. Im Vergleich mit dem deutschen Frachtrecht erläutert. Leipzig, 1891. Duncker & Humblot. VII und 440 Seiten.

Digitized by Google

Das Gesetz wahrt für den sehr umfangreichen Kreis der ihm unterstehenden Bahnen die hiernach erforderliche Elastizität der Rechtsnormen, indem es vorzugsweise die Grenzen zieht, welche von den für die Angelegenheiten der betreffenden Bahnen zuständigen Organen bei der Regelung der Rechtsverhältnisse derselben einzuhalten sind. Dies im Einzelnen anschaulich dargestellt zu haben, ist das Verdienst des Kommentars zu dem Gesetze von W. Gleim[5]), welcher bei der Bearbeitung des Gesetzes und dessen Vertretung im Landtage betheiligt gewesen ist. In einer verhältnißmäßig umfangreichen Einleitung erörtert der sachkundige Verfasser die Entstehung und den allgemeinen Inhalt des Gesetzes; er schließt daran die Erläuterung der einzelnen Bestimmungen, unter eingehender Benutzung der Materialien. Es ist in hohem Grade dankenswerth, daß der Verfasser dergestalt das Mittel geboten hat, um die Anwendung des Gesetzes in dem Sinne und Geiste, wie es gemeint ist, zu ermöglichen.

Von dem Eisenbahnrechte G. Eger's (vgl. die Anzeige in Busch's Archiv Bd. 48 S. 291, 388) liegt nach dreijähriger Pause eine neue Lieferung, die dritte des zweiten Bandes, vor.[6]) Die Unterbrechung wird durch den Verzug gerechtfertigt, welchen das Inkrafttreten des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahn-Frachtverkehr erfahren hat. Der Verfasser beginnt nämlich mit der Darstellung des Eisenbahntransports. Unter ständiger Trennung des öffentlichen und privaten Rechtes wird zunächst der Begriff und Rechtscharakter des Eisenbahntransports im Allgemeinen erörtert und sodann die Entwickelung des Rechtes desselben gegeben (1. Eisenbahngesetz vom 3. November 1838, 2. bis zur Gründung des Norddeutschen Bundes, 3. bis zur Gegenwart). Hierbei findet der alte Wunsch Eger's nach einer internationalen Regelung des internen Transports neuen Ausdruck. Mit dem Anfange der speziellen Betrachtung des öffentlichen Eisenbahntransportrechts (Transportpflicht, Tarifpflicht) schließt die Lieferung, welche, gleich dem ganzen Werk, ein sehr umfangreiches Material, und zwar abweichend von der sonstigen Art des Verfassers systematisch, verarbeitet.

Einen Beitrag auch zu dem internationalen Handelsrecht hat J. Weil in seiner Schrift über die Geltendmachung der Kupons der österreichischen Staatsbahnprioritäten im Auslande beigesteuert,[7]) worin der Verfasser inter-

[5]) W. Gleim, Geheimer Ober-Regierungsrath und vortragender Rath im Ministerium der öffentlichen Arbeiten. Das Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen vom 28. Juli 1892, erläutert. Berlin, 1892/93. Franz Vahlen. VII und 140 Seiten (einschließlich Nachtrag).

[6]) Dr. jur. Georg Eger, Regierungsrath und Justiziar 2c. Handbuch des Preußischen Eisenbahnrechts. Breslau, J. U. Kern's Verlag (Max Müller). Bisher Bd. 1 1889 VIII und 572 Seiten, Bd. 2 Lief. 1 und 2 1890, Lief. 3 1893 288 Seiten.

[7]) Dr. Josef Weil in Brünn. Die Geltendmachung der Coupons der Staatsbahnprioritäten im Auslande und das österreichische Curatorengesetz. Beitrag zur Theorie des internationalen Privatrechts. Wien, 1893. Manz'sche Buchhandlung. V und 88 Seiten.

Digitized by Google

essante Fragen stellt und beantwortet, letzteres freilich nach diesseitiger Meinung in recht bedenklicher Weise. Der Verfasser geht von dem österreichischen sogenannten Kuratorengesetze vom 24. April 1874 aus, demzufolge in Angelegenheiten, welche gemeinsame Rechte der Besitzer von Theilschuldverschreibungen betreffen, die einzelnen Besitzer ihre Rechte nicht selbständig geltend machen können, vielmehr die Wahrnehmung dieser Rechte dem gemeinsamen Kurator anheimfällt. Der Verfasser entwickelt, daß diese Bestimmung auch die Kuponbesitzer trifft, daß in Oesterreich ein ausländisches Urtheil nicht exequirbar ist, sofern es bei der richterlichen Ueberprüfung als gegen österreichische Prohibitivgesetze verstoßend oder als auf einem in Oesterreich nicht anerkannten Rechtsinstitute beruhend erkannt wird, und daß das Kuratorengesetz Prohibitivcharakter hat. Dadurch kommt er zu dem Schlusse der Unwirksamkeit von Prozessen, welche durch einzelne Kuponbesitzer im Auslande anhängig gemacht sind, auf den in Oesterreich anhängigen Prozeß des Kurators. Von den bestehenden Zweifeln erscheint namentlich derjenige nach der rechtlichen Natur des Kupons wenig befriedigend gelöst. Hier könnte nur eine bisher noch fehlende, erschöpfende Darlegung aller Funktionen des Kupons den Beweis seiner Unselbständigkeit erbringen. Die Bezugnahme auf die Lehre von Gareis aus dem Jahre 1876 genügt nicht. Daß mindestens in gewisser Hinsicht der Kupon ein selbständiges Dasein führt, ist schwerlich zu bestreiten (vgl. z. B. R.G. in Civils. Bd. 22 S. 114). Auch die Aufstellung der internationalen Bedeutung eines fremden Urtheils dahin, daß dasselbe nur der neuerlichen Anhängigmachung derselben Sache im Inlande bis zur Behebung durch inländischen Richterspruch entgegensteht, überzeugt nicht.

An heimischen Rechtsquellen ist die gesammte, für die deutschen Kolonien maßgebende Gesetzgebung, einschließlich der Erlasse und der internationalen Verträge, von dem im Kolonialamte beschäftigten Gerichts-Assessor Riebow auf Grund amtlicher Quellen gesammelt und in einem starken Bande herausgegeben worden.[8]) In einem ersten Theile sind die für alle Kolonien gleichen Bestimmungen über die Centralverwaltung, die Rechtsverhältnisse der Beamten, die Rechtspflege und die internationalen Vereinbarungen zusammengestellt; der zweite Theil enthält die besonderen Vorschriften für jedes Einzelgebiet: Westafrika (Kamerun, Togo, Südwestafrika), Ostafrika, Neu-Guinea, Marschallinseln. Im Ganzen sind nicht weniger als 256 Nummern aufgenommen. Unzweifelhaft bietet das Werk ein sehr bedeutendes, nicht nur für den Gebrauch der unmittelbar betheiligten Behörden und Personen belangreiches Material. Ob es der Bedeutung des Deutschen Reiches als Kolonialmacht entspricht, daß auf

[8]) Riebow, Gerichts-Assessor. Die deutsche Kolonial-Gesetzgebung. Sammlung der auf die deutschen Schutzgebiete bezüglichen Gesetze, Verordnungen, Erlasse und internationalen Vereinbarungen mit Anmerkungen und Sachregister. Auf Grund amtlicher Quellen und zum dienstlichen Gebrauch herausgegeben. Berlin, 1893. Ernst Siegfried Mittler & Sohn. XIII und 706 Seiten.

Digitized by Google

697 Seiten Gesetze, Verordnungen ꝛc. abgedruckt werden konnten, muß dahingestellt bleiben.

Von ausländischen Rechtsquellen ist das Portugiesische Handelsgesetzbuch vom 28. Juni 1888 bereits vor vier Jahren von Ernest Lehr unter der Aegide des Comité de législation étrangère auf Staatskosten in französischer Sprache mit Anmerkungen herausgegeben worden (dies Archiv Bd. 5 S. 386). In dem Deutschen Reiche scheint es unmöglich zu sein, daß die Regierung sich derartigen Aufgaben unterzieht, welche nach Meili's richtigem Ausspruche nicht Sache der Privaten sein sollten (Die neuen Aufgaben der modernen Jurisprudenz S. 38). Um so freudiger muß es begrüßt werden, daß O. Borchardt seinen Handelsgesetzen des Erdballs als ersten Nachtrag das Portugiesische Gesetz in deutscher Uebertragung angereiht hat.[9]) Der hochverdiente Herausgeber hat sich aber nicht damit begnügt; in einer Einleitung sind die Entstehung, der Stoff und die Anordnung des neuen Gesetzes dargelegt; in zahlreichen Anmerkungen ist auf die wichtigsten Abweichungen von dem alten Recht und auf die für die Neuschöpfung vornehmlich benutzten fremden Kodifikationen hingewiesen. Es ist fast überflüssig, zu betonen, welche Bedeutung dergleichen Arbeiten für die Rechtswissenschaft und die zu erstrebende Gleichförmigkeit des Handelsrechts der Kulturländer haben. Mit Recht konnte Rießer in seinen „Grundgedanken" (oben S. 193) von den Kodifikationen sprechen, „deren Studium uns durch Oskar Borchardt's Riesenarbeit ermöglicht ist". In seinem motivirten Bericht zu dem Gesetzentwurfe sagt der Portugiesische Justizminister Beirão: „Wenn es gewiß ist, daß die Ausgleichung der Handelsgesetzgebungen nicht durch die Einheit einer universellen Legislation — was Vielen als Utopie erscheint —, sondern nur durch die Gleichförmigkeit der Bestimmungen der verschiedenen Länder zu erreichen ist, so, meine ich, ist ein großer Schritt auf diesem Wege mit dem in dem neuen Codigo befolgten System gethan, und wir haben zu unserem Theil an dem großen Werke, wenn nicht der Einheit, so doch der Ausgleichung der Handelsgesetze mitgearbeitet." Das größte Verdienst der gleichen Mitarbeit gebührt in Deutschland — das muß mit Schärfe betont werden — dem Privatmann O. Borchardt.

Von dem als Spruchsammlung für das Handelsrecht hier in Betracht kommenden Jahrbuche für Entscheidungen des Kammergerichts liegt der zwölfte Band vor.[10]) Wiederum ist eine erhebliche Anzahl wichtiger Beschlüsse zu dem Handelsgesetzbuche, dem Genossenschafts- und dem Musterschutzgesetze abgedruckt

[9]) Oskar Borchardt, Doktor der Rechte. Die Handelsgesetze des Erdballs. Nachtrag I: Das Portugiesische Handelsgesetzbuch vom 28. Juni 1888. In das Deutsche übertragen sowie mit Einleitung und Anmerkungen versehen. Berlin 1893. R. v. Decker's Verlag (G. Schenck). XXXIII und 223 Seiten.

[10]) Reinhold Johow, Geheimer Ober-Justizrath a. D. Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen. 12. Band. Berlin, 1893. Franz Vahlen. X und 411 S.

Digitized by Google

worden. Hervorzuheben ist namentlich: Das Kammergericht erachtet jede Korporation des öffentlichen Rechtes für fähig, als solche Kaufmann zu sein, und unterstellt sie gegebenen Falles der Registerpflicht, unbeschadet der Frage nach der Erzwingung der Eintragung durch Ordnungsstrafen. Von größter Tragweite ist der Satz, daß das Registergericht die Eintragung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Genossenschaft oder Aktiengesellschaft nicht wegen Verletzung von Bestimmungen des Gesetzes oder des Statuts ablehnen darf, wenn diese Bestimmungen nur den Schutz der Genossen (Aktionäre), nicht auch denjenigen Dritter bezwecken, und der Vorstand sowie die Genossen (Aktionäre) es unterlassen haben, den Beschluß als ungültig im Klagewege anzufechten. Durch diese Entscheidung in Verbindung mit der weiteren, nach welcher das Registergericht nicht befugt ist, in Anlaß der Einreichung der beglaubigten Abschriften von Generalversammlungsbeschlüssen, von Bilanzen ꝛc. zu dem Handelsregister, sofern nicht eine Eintragung in Frage steht, die Gültigkeit der betreffenden Beschlüsse ꝛc. zu prüfen, ist endlich eine feste Grundlage für die Prüfungsberechtigung des Registergerichts gewonnen. Tief einschneidend in die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaften ist auch der Beschluß, welcher eine Prokura mit Beschränkung auf eine Zweigniederlassung nur bei Sonderfirmirung der letzteren anerkennt und eine solche Sonderfirmirung bei Zusätzen zu der Firma der Hauptniederlassung wie „Filiale" leugnet. — Kein Gewinn für das Buch ist nach diesseitiger Meinung die seit Band 10 beliebte Aufnahme landgerichtlicher Beschwerdebescheide in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit. Der Herausgeber nimmt zwar nur solche Bescheide auf, „gegen welche weitere Beschwerde nicht erhoben ist". Da aber zumeist eine Frist für die weitere Beschwerde nicht besteht, läßt es sich gar nicht ermessen, ob der Beschluß des Beschwerdegerichts unangefochten bleibt. Zudem bietet die Unterlassung der Einlegung weiterer Beschwerde, wie nicht wenige Beschlüsse zeigen, keinerlei Gewähr für deren inneren Werth. Der Zweck des Jahrbuchs, für gewisse Rechtsgebiete die höchstrichterliche Judikatur wiederzugeben, wird durch den Anhang wesentlich verfehlt. Unwillkürlich wird den im Zusammenhange mit den Beschlüssen des obersten Gerichts gedruckten Entscheidungen der Instanzgerichte eine Bedeutung beigelegt werden, welche weder in der Stellung dieser Gerichte, noch häufig in dem Gewichte der Entscheidungsgründe ihre Rechtfertigung findet. Anders läßt sich die ebenfalls erfolgte Aufnahme der Entscheidungen von Oberlandesgerichten in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, welche von dem Kammergerichte nach §. 56 des Preuß. A.-G. vom 24. April 1878 zum G.-V.-G. überwiesen sind, vertreten. Eigenthümlich berührt es auch, daß der Herausgeber einer ziemlich abfälligen Kritik des Amtsgerichtsraths J. Wolff in Crefeld über einen in demselben Jahrbuche Bd. 11 S. 3 abgedruckten Beschluß des Kammergerichts Raum gegeben hat. Um so eigenthümlicher, als von dem Kritiker jener Beschluß offenbar garnicht verstanden worden ist. Die Frage war, ob im Gebiete des rheinischen Rechtes Beschwerde in Handelssachen stattfindet. Daß gegen die Verfügungen der Registergerichte als solcher Be-

Digitized by Google

schwerde gegeben ist, konnte auch für das bezeichnete Gebiet nicht zweifelhaft sein, da hier schon der §. 120 der Instruktion des Preuß. Justizministers vom 12. Dezember 1861, betreffend die Führung des Handelsregisters, ein Rechtsmittel zuließ. Der Beschluß stellt aber gerade fest, daß es sich nicht um ein „auf die Führung der Handelsregister bezügliches Geschäft" (§. 25 Abs. 1 des angef. Ausführungsgesetzes), sondern um eine „in dem Handelsgesetzbuch den Gerichten zugewiesene, von den deutschen Prozeßordnungen nicht betroffene Angelegenheit" (§. 25 Abs. 2 ebenda) handelte — es stand die Ermächtigung zur Berufung einer Generalversammlung aus Art. 237 Abs. 3 des Aktiengesetzes in Frage. Hierzu wird erwogen, daß zwar das rheinische Recht eine allgemeine Beschwerde in nicht prozessualen Angelegenheiten nicht, wie das altpreußische Recht (V. vom 2. Januar 1849 §. 35 Abs. 2), ausdrücklich anerkennt, daß aber auch für das rheinische Rechtsgebiet nach der Tendenz des H.-G.-B. und seiner Ergänzungsgesetze auf Herstellung der Rechtseinheit solches Beschwerderecht anzunehmen ist. Selbstverständlich konnte dieser Zweifel nicht mit dem wohlfeilen Argumente gelöst werden, daß gegen die Entscheidungen in Bezug auf die Führung der Handelsregister ein Beschwerderecht nach §. 1 Abs. 6 der angezogenen Instruktion, und zwar nach §. 6 der Justiz-Ministerial-Verfügung vom 29. August 1879 auch im rheinischen Rechtsgebiete besteht. Erscheint es überhaupt angängig, daß ein Organ, wie das Jahrbuch, kritische Erörterungen an die abgedruckten Beschlüsse knüpft, so muß jedenfalls hierbei mit einer Vorsicht verfahren werden, welche die abgedruckte Bemängelung durchaus vermissen läßt.

Für den Handelsrechtsunterricht bietet J. Rießer die zweite Auflage seines Praktikums.[11]) Wie nur Wenige, ist der Verfasser durch seine theoretische Bildung und seine praktische Wirksamkeit berufen, in die Kenntniß des Handelsrechts einzuführen. Sein vorliegendes Buch liefert hierfür einen vollgültigen Beweis. Die Anzahl der Fälle ist von 201 auf 287 gestiegen. Ueberall tritt hervor, daß der Verfasser die Erscheinungen des Verkehrs- und Rechtslebens mit gleicher Sicherheit beherrscht. Wo immer eine aktuelle Frage von Bedeutung entstanden ist, hat der Verfasser sie in Rücksicht gezogen (Nr. 22, Eintragung der Firma Au bon marché, Inhaber Heinrich Lister; Nr. 39, 40, Prokuristen und Vorstände für Zweigniederlassungen von Aktiengesellschaften; Nr. 179, Einfluß von Verlusten nach Ablauf des Geschäftsjahrs auf die Dividende; Nr. 196, Löschung einer Gesellschaft m. b. H. wegen unrichtigen Verfahrens bei Umwandlung einer Aktiengesellschaft in solche; Nr. 226, Patent auf Erfindungen von Angestellten 2c. 2c.). Die Einsicht, daß nur durch die Einführung „juristischer Kliniken", nicht durch Vermehrung der Examina den Mängeln der Ausbildung der Juristen abgeholfen werden kann, scheint sich

[11]) Dr. J. Rießer, Bankdirektor und Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin. Handelsrechts-Practikum. Zum Selbststudium und zum academischen Gebrauche. Zweite, vermehrte und verbesserte Auflage. Freiburg i. B. und Leipzig, 1893. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). XVI und 180 Seiten.

Digitized by Google

auch bei den entscheidenden Persönlichkeiten immer mehr Bahn zu brechen (Preuß. J.-M.-Bl. 1898 S. 29, 119). Rießer hat das Verdienst, für das Handelsrecht in umsichtigster Weise das klinische Material bereitet zu haben.

An Systemen des Handelsrechts liegt das Lehrbuch des Handelsrechts von K. Cosack in zweiter Auflage vor.[12]) Mit Grund kann der Verfasser sagen, daß er gegenüber der ersten Auflage fast ein neues Buch bietet. Als die wesentlichste Neuerung erscheint die Aufnahme des Wechsel- und Versicherungsrechts. Das Frachtrecht und das Gesellschaftsrecht haben, unter dem Einflusse neuerer Gesetze ꝛc., eine besonders durchgreifende Aenderung erfahren. Während die erste Auflage einen fortlaufenden Text gab, verfährt der Verfasser nunmehr in eigenthümlicher Weise. In stärkerem Drucke giebt er die leitenden Grundsätze und wichtigsten Einzelregeln; in kleinerem Drucke unmittelbar unter dem jeweiligen Text eine Art Kommentar: Erläuterungen, Erörterung streitiger Punkte und minder wichtiger Einzelfragen. Damit beabsichtigt Cosack, dem Bedürfnisse seiner studentischen Leser entgegenzukommen, welche zunächst nur den Text und erst bei genauerer Durcharbeitung des Stoffes den Kommentar lesen sollen. Die Methode ist sicher nicht zu beanstanden, wo es sich in der That nur um Streit- und Einzelfragen handelt, obschon bei letzteren nicht selten über deren größere oder geringere Bedeutung zu rechten wäre. Weit bedenklicher scheint der den Studirenden ertheilte Rath hinsichtlich der zahlreich in dem Kommentar enthaltenen Beispiele. Gerade diese führen in das Verständniß der Rechtsregel ein. Werden sie zunächst überschlagen, so ist der Zweck, lebendiges Recht zu lehren, wesentlich verfehlt. An seinem Systeme hat der Verfasser, trotz der Anfechtung Goldschmidt's, festgehalten. Geschickt vertheidigt er die Vertheilung des Seerechts durch das ganze Buch mit dem Hinweise darauf, daß er bei Preisgabe des Zusammenhangs dieses Rechtes die Zusammenhänge des Gesellschaftsrechts, des Versicherungsrechts, des Frachtrechts nur um so besser wahrt. Bedenken mag wieder die eigenthümliche Einschaltung des ganzen Wechselrechts in die Kredit- und Zahlungsgeschäfte hervorrufen. Daß das umfangreiche Gesellschaftsrecht ziemlich an das Ende des ganzen Buches gestellt ist, wird nach den Bedürfnissen der studirenden Jugend immerhin praktisch sein. — Auf Einzelheiten ausführlicher einzugehen, muß ich mir versagen. Nur Weniges sei hervorgehoben: Der Mittelkurs bei Kassageschäften kommt nicht so einfach zu Stande, wie der Verfasser es anzunehmen scheint (S. 342 f.). Es liegt hier eine sehr eigenthümliche Verquickung der Geschäftsschlüsse mit der Kursfeststellung vor (mein Maklergesetz-Entwurf S. 31 ff.). Die Erklärung des Geld-, Brief- und Bezahlkurses stimmt nicht recht (Simon, Bilanzen S. 181). Bei dem reinen Differenzgeschäft erkennt der Verfasser richtig, daß eine Begriffsbestimmung des Spieles für die rechtliche Beurtheilung ent-

[12]) Konrad Cosack, Professor der Rechte an der Universität Freiburg i. B. Lehrbuch des Handelsrechts mit Einschluß des See-, Wechsel- und Versicherungsrechts. Zweite vollständig umgearbeitete Auflage. Stuttgart, 1898. Ferdinand Enke. XXVIII und 743 Seiten.

Digitized by Google

scheidet (S. 849). Die Lehre, daß erst der Schluß der Liquidation als wirkliche Auflösung der offenen Handelsgesellschaft gelten kann (S. 505 f.), scheint bedenklich. Eine Firma „Aktiengesellschaft Schäffer & Walcker" (S. 548) dürfte trotz der Vertheidigung des Verfassers unstatthaft sein. Für ganz unzulässig halte ich die Konstruktion (S. 564), nach welcher der Aktionär laut Statut eine Forderung gegen sich selbst auf die Aktie einlegen darf, mit der Wirkung, daß er durch Begründung der Forderung die Einlage leistet (Solawechsel). Diese, von Makower erfundene Theorie untergräbt die ganze Sicherheit des Aktienverkehrs. Sehr zutreffend ist die Bezeichnung des Grundkapitals als „Normalvermögens" des Vereins (S. 600). Interessant der Satz: „Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist lediglich eine Abart der Aktiengesellschaft" (S. 636). Richtiger als die Bezifferung der Arten dieser Gesellschaft auf drei (S. 638) ist wohl diejenige auf vier, da die Gesellschaft mit unbeschränkter Nachschußpflicht sich je nach dem Preisgaberechte wieder theilt (§. 27 Abs. 1 und 4 des G. vom 20. April 1892). Diese Bedenken stehen meiner Ueberzeugung nicht entgegen, daß das Buch, wie es aus einem Guße fertig vorliegt, ein sehr gutes ist. Der freie Blick für die Erscheinungen des Verkehrs, die geschmackvolle Darstellung, die stets anziehende Konstruktion lassen Mängel, wie die übergroße Sparsamkeit in der historischen Anknüpfung, übersehen.

R. Koch hat sich entschlossen, seine in den Jahren 1865 bis 1890 in verschiedenen Zeitschriften erschienenen Aufsätze, unter Berücksichtigung neuerer Gesetzgebung und Litteratur, zu einem Bande zu vereinigen.[13]) Die Sammlung umfaßt 16 Abhandlungen, zumeist zum Handels- und Wechselrechte, welche ausnahmslos auch heute noch ein reges Interesse beanspruchen dürfen. Vorzugsweise gilt dies von der Behandlung der Probleme des modernen Wirthschaftslebens, wie: Ueber Giroverkehr und den Gebrauch von Checks als Zahlungsmittel (Nr. 9), über Bedürfniß und Inhalt eines Checkgesetzes (Nr. 10 und 11), über Abrechnungsstellen in Deutschland und deren Vorgänger (Nr. 12), über Bedürfniß und Inhalt eines deutschen Warrantgesetzes (Nr. 15) ꝛc. Hier, auf der eigentlichen Domäne des Verfassers, tritt seine vollkommene Herrschaft über den wirthschaftlichen und rechtlichen Stoff, im Vereine mit einer seltenen Darstellungskunst, besonders hervor. Es ist in hohem Maße dankenswerth, daß der unermüdliche Vorkämpfer für die wirthschaftliche Entwickelung des Reiches durch diese Sammlung neue Anregung zur Erfüllung alter Wünsche und Hoffnungen gegeben hat.

Erneut ist über drei Kommentare zum H.-G.-B. zu berichten. Derjenige von H. Makower liegt bereits wiederum in neuer, elfter Auflage vor.[14]) Die

[13]) Dr. R. Koch, Präsident des Reichsbank-Direktoriums. Vorträge und Aufsätze hauptsächlich aus dem Handels- und Wechselrecht. Berlin, 1892. Carl Heymanns Verlag. 370 Seiten mit Anhangstabellen und -Formularen.

[14]) H. Makower, Rechtsanwalt und Notar. Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. Mit Kommentar herausgegeben. Elfte, vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin, 1893. J. Guttentag. XXIV und 1107 Seiten.

Digitized by Google

Vorzüge und Mängel des Werkes haben erst unlängst Erörterung erfahren (dies Archiv Bd. 5 S. 381 f.). Der Charakter desselben ist, wie dies bei der schnellen Folge der Auflagen auch nicht anders zu erwarten, unverändert geblieben. Der Verfasser hat eine willkommene Zugabe durch die Aufnahme des Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 geboten, welches zutreffend hinter die Bestimmungen über die Aktiengesellschaft eingeschaltet ist. Das Gesetz ist, dem sonstigen Inhalte des Buches entsprechend, vornehmlich in Anlehnung an die Materialien erläutert. Auch im Uebrigen hat die neue Auflage, namentlich durch Abdruck des Gesetzes, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, und der Verordnung zur Ausführung desselben, Bereicherung erfahren. Zu der Instruktion des Justizministers vom 12. Dezember 1861 (Anhang Nr. 2) würde zweckmäßig auf §. 6 Abs. 2 der Allg. V. vom 29. August 1879 (J.-M.-Bl. S. 305) verwiesen, wonach die Sondervorschriften für den Bezirk des O.-L.-G. Köln beseitigt sind. Die Bestimmung scheint selbst bei Rheinischen Gerichten in Vergessenheit gerathen zu sein (Jahrb. für Entsch. des Kammergerichts Bd. 12 S. 374).

H. Staub's Kommentar zu demselben Gesetze liegt vollendet vor.[15]) Auf die Bedeutung dieses Werkes ist bereits wiederholt hingewiesen worden (dies Archiv Bd. 5 S. 383, Bd. 7 S. 194). Ich stehe nicht an, dasselbe als eine der hervorragendsten Erscheinungen zu bezeichnen, welche das dogmatische Handelsrecht überhaupt aufzuweisen hat. Staub ist ein moderner Schriftsteller. Inmitten der Praxis einer Großstadt stehend, blickt er die handelsrechtlichen Institute mit dem Auge eines kaufmännischen Gelehrten an. Unbekümmert um den litterarischen Kehricht, welcher am Wege liegt, geht er vorwärts. Der Mangel wissenschaftlicher Verarbeitung des Stoffes, welcher den ersten zwei Lieferungen anhaftete, ist im Laufe der Arbeit völlig gebessert, sofern man nur die Wissenschaftlichkeit von dem Prunkcitate zu trennen weiß. Das Ergebniß ist ein durchaus origineller Kommentar zu einem Gesetze, dessen Inhalt längst ausgeschöpft schien. Der Verfasser ist eine kritische Natur. Nicht in dem Sinne Jener, welche sich in einen selbstgeschaffenen Gegner verbeißen und nicht wieder loskommen. Er begründet selbständig und widerlegt damit zugleich die etwaige Gegenmeinung, deren er, soweit sie beachtlich ist, kurz gedenkt. Staub ist auch ein systematischer Kopf; er reiht nicht die Einzelsätze an einander, sondern unterwirft sie dem voraufgestellten Prinzip. Nicht ganz richtig erscheint die räumliche Vertheilung der Arbeit. Vielleicht hat den Verfasser die Vorliebe für die besonders hervorspringenden Erscheinungen des Verkehrs dahin geleitet, die Lehre von den Handelsgesellschaften mit einer Ausführlichkeit zu behandeln, welche mit anderen Theilen des Werkes nicht im Einklange steht. Das vierte Buch ist darüber etwas zu kurz gekommen. Auf den nämlichen Grund möchte die Aufnahme einer nach

[15]) Dr. Hermann Staub, Rechtsanwalt in Berlin. Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht). Berlin, 1893. J. J. Heines Verlag. VIII und 1002 Seiten.

Digitized by Google

meiner Empfindung aus dem Rahmen fallenden Abhandlung über das Differenzgeschäft (S. 839 ff.) zurückzuführen sein. Vergl. dagegen die präcise Darstellung der Lehre vom Kontokurrent (S. 663 ff.). — Die Beachtung, welche dem Staub'schen Kommentar bereits jetzt aller Orten zu Theil wird, bürgt dafür, daß er richtig erkannt wird als dasjenige, was er ist: eine Erläuterung des H.-G.-B., welche hinsichtlich ihrer Bedeutung für die Praxis und auch für die Wissenschaft gegenwärtig den Wettbewerb ausschließt.

Der Kommentar zum H.-G.-B. von Puchelt in der neuen Bearbeitung durch R. Förtsch [16]) ist bis zu Art. 192 gediehen. Es überrascht einigermaßen, daß das Aktienrecht, welches erst unlängst von Petersen und v. Pechmann als Supplement zu dem Puchelt'schen Werke herausgegeben worden ist, durch Förtsch erneute Erörterung erfahren hat. So begiebt es sich, daß an sehr zahlreichen Stellen der Kommentar gegen das Supplement entschiedene Stellung nimmt. Für die Bemerkungen zum Aktienrecht ist Förtsch allein verantwortlich; so darf auch an sie bei der Besprechung besonders angeknüpft werden. Auch hier verfolgt der Verfasser die eklektische Art; aber ich meine, sie wird bei ihm zur Willkür. Sicherlich kann auch bei Streitpunkten eine Auswahl getroffen werden; allein dem Kenner der Materie wenigstens muß das „Warum" der Aufnahme dieser und der Fortlassung jener Frage klar sein. Wer die Berechtigung dieses Urtheils nachzuprüfen gedenkt, der lese die Erläuterungen zu den Art. 185 bis 185c. Nicht anders steht es mit der Wahl der Citate: „Redaktionelle Aenderungen" — so heißt es S. 419 —, „sind nicht als Aenderungen des Inhalts anzusehen (A. A. Staub, §. 2 zu Art. 214)". Aber anderer Ansicht erlauben sich noch Viele zu sein: so das Kammergericht (Jahrbuch Bd. 5 S. 32) und eine größere Anzahl recht namhafter Schriftsteller (mein Kommentar 2. Aufl. S. 342). Der Verfasser hält (S. 432) die Namensaktie ohne Aktienschein für „recht gut denkbar" und wendet sich gegen die abweichende Meinung von Petersen und v. Pechmann. Sollte einmal citirt werden, so wären fast alle Autoren auf diesem Gebiete für die entgegengesetzte Auffassung anzuführen gewesen (mein Kommentar S. 157). Ueber die vom Verfasser wieder vorgebrachte Anschauung, Prioritätsaktien könnten mittels Zuzahlung nur durch einstimmigen Beschluß der Aktionäre geschaffen werden (S. 385), ist die Praxis zur Tagesordnung übergegangen, trotz des vom Verfasser nicht angeführten Beschlusses des Kammergerichts (Jahrbuch Bd. 8 S. 12). Wie neuerdings vielfach, so wird auch von dem Verfasser die Gültigkeit landesrechtlicher Bestimmungen in Zweifel gezogen, nach welchen in das

[16]) Dr. Ernst Sigismund Puchelt, weiland Reichsgerichtsrath, jetzt R. Förtsch, Reichsgerichtsrath. Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch 2c. Vierte, vermehrte und durchgesehene Auflage. Leipzig, 1893. Roßberg'sche Hof-Buchhandlung. Bisher 5 Lief., 480 Seiten (vergl. oben S. 195). — Nach Drucklegung dieser Anzeige ist mit Lieferung 6 und 7 (VI und S. 481 bis 663) der erste Band abgeschlossen worden. Ein Eingehen auf diese Fortsetzung wird vorbehalten.

Digitized by Google

Handelsregister nur ein Auszug aus dem Statute gelangt (S. 401). Es liegt hier eine vollständige Kalamität vor. Wer sich mit dem Handelsregister häufig zu befassen hat, stößt auf den Mißstand, daß nicht in authentischer Form das Hauptregister ihm Auskunft giebt, welches Statut eigentlich als aktuelles gilt. Die Ausstellungen gegen das Buch mögen übrigens nicht irreführen. Ich kann mich nicht mit der Methode oder richtiger dem Mangel an Methode des Verfassers befreunden. Aber das Gegebene ist vollwerthig; sehr häufig hat es der Verfasser verstanden, mit wenigen Worten zutreffend zu begründen. Daß er von den Gegenständen der Sacheinlagen als „Bestandtheilen des Gesellschaftskapitals“ spricht (S. 389), daß er sagt, die Uebertragung der Namensaktie könne außer durch Indossament „durch die verschiedensten Rechtsgeschäfte geschehen“ (S. 433), mag nicht sonderlich glücklich sein.

Digitized by Google

VI.

Civiliſtiſche Rundſchau.*)

Von Dr. **Ludwig Goldſchmidt,**
Richter am Landgericht Bochum.

Dreifach ſchweren Verluſt hat die Rechtswiſſenſchaft in einer kurzen Spanne Zeit erlitten: Brinz, Windſcheid, Ihering ſind dahingegangen. Noch iſt die Zeit nicht gekommen für ein abſchließendes Urtheil über ihre Bedeutung als Forſcher, noch ſchwankt ihr Charakterbild hin und her. Und je nach dem wiſſenſchaftlichen Standpunkt des Beurtheilers wird ihrem nunmehr abgeſchloſſenen Schaffen warme Bewunderung oder eiſige Aburtheilung zu Theil, und je nach dem Temperament des Beurtheilers kleidet ſich Bewunderung und Aburtheilung in verſchiedenartiges Gewand. Das Richtige in dem Streit der Meinungen hat ſicher Kuntze in ſeiner Arbeit „Ihering. Windſcheid. Brinz“ (1893, Leipzig, Roßbergſche Buchhandlung, 32 S.) getroffen, der in ſeiner vorurtheilsloſen Weiſe trotz manch wiſſenſchaftlicher Gegenſätzlichkeit zu dem abſchließenden Urtheil kommt: „Wir möchten keinen der Drei miſſen, wir brauchen alle Drei auf lange Zeit hinaus. Mit ſolcher Feinheit romaniſtiſcher Rechtskunde war wohl noch nie ſolche Freiheit des Denkens, mit ſolcher Freiheit noch nie ſolcher ſtrenge Ernſt methodiſchen Forſchens verbunden geweſen. So faßt ſich die zweite Hälfte unſres Jahrhunderts für den denkenden Juriſten in der Trias zuſammen. Ihr Andenken iſt unzertrennlich.“ Dieſem trefflichen und treffenden Urtheil über den dahingeſchiedenen tritt zur Seite das nicht minder treffende, das dem lebenden Ihering nicht lange, bevor er uns für immer entriſſen werden ſollte, von anderer Seite, die, ebenfalls in manch wichtigen Anſchauungen wiſſenſchaftlich gegneriſch, ſich mit der Objektivität in der Beurtheilung gegneriſchen Schaffens die Wärme des Herzens in der Anerkennung des gegneriſchen Verdienſtes erhalten hat: Ernſt Immanuel Bekker in „Ernſt und Scherz über unſere Wiſſenſchaft. Feſtgabe an

*) Soweit ich anderer Anſicht bin, als der Verfaſſer, gilt natürlich der Grundſatz der freien Meinungsäußerung des Berichterſtatters. Kohler.

Digitized by Google

Rudolf von Ihering zum Doktorjubiläum" (1892, Leipzig, Breitkopf und Härtel, VIII und 250 S.). Wie knapp und doch erschöpfend treffend ist die Charakteristik des Wissenschaftlers Iherings: „Allezeit ein eifriger Kämpfer für das Recht und wider das Unrecht, genügte Ihnen das Vorhandene nirgend. Durch das Römische hinaus über das Römische Recht, von den äußeren Erscheinungen zur Entdeckung des die Ereignisse beherrschenden Geistes und weiter zur Klarlegung der letzten Zwecke, denen die Menschheit auf buntverschlungenen Pfaden nachgeht. Das alles auch nur zu beginnen, zeugt von der strotzenden Fülle des Kraftbewußtseins." Und wie treffend anmuthend ist die Person Ihering's mit dem Blick voll gutmüthigen Humors und zugleich voll von Ironie skizzirt in unübertrefflicher Kleinmalerei (S. 188/189). Und wie bitter-ironisch für die, so es angeht, der Satz: „Ja, Gefallsucht und Neid sind eigentlich Zeichen von Bescheidenheit" (S. 221). Die Festgabe mit ihren zwölf Abtheilungen (I. Wie soll es besser werden? II. Wissenschaft. III. Recht. IV. Rechtswissenschaft. V. Rechtskunst. VI. Praktische Rechtswissenschaft. VII. Begriffsjurisprudenz. VIII. Naturrechtler. IX. Nationalisten. X. Die Uebrigen. XI. Quod erat demonstrandum? XII. Politische Anhängsel. A. Es muß besser werden. B. Politische Bildung. C. Wissenschaft und Volkserziehung. D. Jurisprudenz und Politik) ist mit einer Fülle weitgreifender, fruchtbarer Gedanken durchsetzt, von denen hier nur der eine und der andere hervorgehoben werden kann. Zu denselben gehört die ars nesciendi und das Ignorabimus (S. 184, 36), die Ausführungen über die Stellung des römischen Prätors und des heutigen Richters (S. 83/87, 106/108), die Natur der Sache (S. 149, 174), die vergleichende Rechtswissenschaft (S. 40), die Gesetzgebungswissenschaft (S. 111), den Begriff des Rechts (S. 47), das Wesen der Jurisprudenz (S. 71, 247), die Aufgabe des Universitätsunterrichts (S. 164), insbesondere dessen Nationalisirung (S. 166), die Bedeutung des Geldes für das Recht (S. 51: Ist der Zweck der Schöpfer des Rechtes, so ist das Geld, das eine bewußte und gleichsam potenzirte Zweckverfolgung fordert, sein bester Helfer ... Wenn irgend eine weitere Zerlegung des Rechtes in der Zukunft sich muthmaßen läßt, so ist es die in Geldrecht und Nichtgeldrecht). Der Ihering'schen Begriffsjurisprudenz wird die „Begriffspolitik" an die Seite gesetzt (S. 227). Der bedingten Verurtheilung mit interimistischem Aufschub der Strafvollstreckung steht der Verfasser durchaus skeptisch gegenüber (S. 233). Die Massen der Familienlosen müßten zum geordneten Zusammenleben mit ihresgleichen im Wege der Kasernirung gezwungen werden (S. 235). Manch treffliches Wort über unsere Sitten und deren Hebung (S. 201), über Patriotismus und Deutschthümelei (S. 216, 240), über Parteien und Wahlen (S. 203, 205, 212, 231) findet sich in der inhaltsreichen Arbeit. Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches hat dem Verfasser kritische Bemerkungen abgezwungen (S. 73, 88, 98, 100, 126, 140, 156/157, 161/163, 166/167, 188). Erwähnt seien schließlich noch die beiden Forderungen des Verfassers, einmal nach einer Reichsakademie zur wissenschaftlichen Forschung und Verbreitung der Ergebnisse dieser Forschung ohne Lehrpflicht ihrer Mitglieder

Digitized by Google

(S. 221) und zum anderen nach Universitätsseminaren mit einer Zuhörerschaft von etwa 12 Personen. Aus den verschiedensten äußeren Gründen hat die erstere Forderung für absehbare Zeiten eine rein theoretische Bedeutung. Nicht so die letztere. Da drängt das Tagesbedürfniß des Lebens nach baldiger Realisirung, soweit solche Seminare noch nicht bestehen. Dieselben müßten in eine innere Beziehung gesetzt sein zu den neuerdings angeregten Gerichtsseminaren für das Referendariat. Freilich müßte man bei der Auswahl der Leiter nicht vergessen, daß dieselbe auf praktisch vorgebildete und praktisch bewährte Theoretiker und auf theoretisch gebildete Praktiker gleichmäßig zu richten ist. Mag in der nächsten Zeit die Zahl der ersteren noch gering sein, allmählich wird ihre Zahl steigen und eine entsprechende Auswahl ermöglichen. An theoretisch bewährten Praktikern hat es schon jetzt keinerlei Mangel. Bis zur vollen Realisirung der glücklichen Idee der Gerichtsseminare wird es wohl aber noch Einiges Weile haben. Nun besitzen wir auf einem Rechtsgebiete bereits ein Surrogat der Gerichtsseminare, ein Seminar ohne das lebendige Wort des Vortrages, aber durch seine durchsichtig-klare Darstellung dessen Wirkung sich nähernd, voll praktischer Winke und feiner Beobachtungen, in der neu aufgelegten Arbeit von Hermann Meyer: Anleitung zur Prozeßpraxis nach der Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 in Beispielen an Rechtsfällen. Dritte, gänzlich umgearbeitete Auflage (1898, Berlin, Franz Vahlen, IX und 359 S.). Die Bedeutung der Arbeit erschöpft sich aber keineswegs in ihrem unterrichtlichen Werth, dieselbe ist bei der Selbständigkeit, welche sich der Verfasser der ihm gleich wohl vertrauten Theorie und Praxis gegenüber bewahrt hat, auch für die Fortbildung beider von nicht zu unterschätzendem Werthe. Vor Allem gilt dies von der in Auswahl und Behandlung gleich glücklichen Erörterung einzelner Prozeßfragen an Beispielen. Die Streitgenossenschaft, das Dispositionsrecht aus §. 72 Civilprozeßordnung, die Editionspflicht und die Kompensationseinrede haben hier eine besonders liebevolle und fruchtbare Behandlung erfahren; die Darstellung der schwierigen Lehre von der Streitgenossenschaft ist ein Muster durchsichtiger Klarheit auf einem regelmäßig durch Verworrenheit sich auszeichnenden Darstellungsgebiet. Verwandtem Zweck wie das eben erwähnte ist bestimmt das in nunmehr vierter vermehrter und verbesserter Auflage vorliegende Werk von Daubenspeck: Referat, Votum und Urtheil. Eine Anleitung für praktische Juristen im Vorbereitungsdienst (1892, Berlin, Franz Vahlen, VIII und 280 S.). Auch diese Schrift verfolgt vorwiegend didaktische Zwecke. Der Glaube, daß die Mündlichkeit des Prozesses dem schriftlichen Referat den Boden entzogen habe, hat sich als so wenig zutreffend erwiesen, daß vielmehr bei den meisten Gerichten darauf gehalten wird, daß die im Vorbereitungsdienst befindlichen jungen Juristen auf Grund des Aktenmaterials schriftliche Vorarbeiten für die mündliche Verhandlung fertigen. Und in der That setzen erst diese dieselben in die Lage, trotz ihrer Ungeübtheit den mündlichen Vorträgen mit Verständniß zu folgen, und gewähren eine ihrer praktisch-wissenschaftlichen Fortbildung dienende „Geistes-

Digitized by Google

gymnastik", für welche ein gleichwerthiger Ersatz nicht zu finden ist. Die binnen weniger denn vier Jahren erforderlich gewordene Neuauflage weist erhebliche Aenderungen gegenüber der dritten Auflage nicht auf. Die Vermehrung der gebotenen Beispiele, die Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung wie der neuesten Litteratur, die hie und da geänderte Fassung — überall zeigt sich die Hand des unabläßig Vollkommeneres erstrebenden Verfassers. Von besonderem Werth sind die zahlreichen Hinweise auf mancherlei in der Praxis bemerkte Fehler. Sehr beherzigenswerth sind insbesondere die Ausführungen über die Sprache der Urtheile, der Kampf gegen das dem gemeinen Manne unverständliche „Aktendeutsch", insonderheit das „Erwägungsdeutsch". Der warme Hinweis auf die älteren Entscheidungen des früheren Preußischen Obertribunals mit ihrer durchsichtigen, schlichten und verständlichen Fassung — wahre Stilmuster von Gerichtsurtheilen — sei besonders hervorgehoben. Den großen und berechtigten Einfluß, den die treffliche Arbeit auf die Ausbildung des juristischen Nachwuchses ausübt, wird die neue Auflage in vermehrtem Maße ausüben. Und je mehr dies der Fall, um so mehr werden Klagen verstummen, wie sie so überaus eindringlich erklingen in der Mittheilung aus der Justizprüfungskommission „Ueber Proberelation", welche ebenfalls in neuer — zweiter — und vermehrter Auflage (1892, Berlin, Franz Vahlen, 96 S.) vorliegt. Für die neue Auflage haben die seit dem Erscheinen der Mittheilung von der Prüfungskommission gemachten weiteren Wahrnehmungen Verwerthung gefunden, und es sind Zusätze über die Anfertigung des Referates und Gutachtens, über die Feststellungsklage und die Fassung der Eidessätze hinzugekommen. Die Beispiele aus der Praxis, insbesondere von inkorrekter Anordnung der Sachdarstellung und des Gutachtens, von inkorrekter Eides- und Urtheilsformel sind ebenso interessant wie in den sich anschließenden Erörterungen belehrend. Von gleichem wissenschaftlichen wie praktischen Interesse ist die Erörterung über die Feststellungsklage der Civilprozeßordnung und gegen deren Verwechselung mit der pronuntiatio bei der Eigenthumsklage. Aus der Fülle von Belehrung und Anregung, welche vor Allem die Praxis in der „Mittheilung" findet, möge die eine Bemerkung wegen ihrer besonderen Bedeutung für das gesammte Rechtsleben hier Platz finden. Dieselbe lautet dahin: Ein nicht geringer Theil der im Rechtsleben vorkommenden, objektiv falsch geleisteten Parteieide hat seinen Grund in der mangelhaften Formulirung; es wird versäumt, den Eid mit Beifeitelassung alles Unwesentlichen auf das allein entscheidende thatsächliche Moment zu stellen. Hier ist der Finger in eine offene Wunde unserer Prozeßpraxis gelegt. Die Rechtsphilosophie ist durch vier Arbeiten vertreten, von denen die eine eine Umarbeitung zweier Vorträge darstellt: Philipp Lotmar, Vom Rechte, das mit uns geboren ist; Die Gerechtigkeit (1893, Bern, Schmid, Francke u. Co., 95 S.). Beide Vorträge sind rechtsphilosophisch im Sinne Ludwig Knapp's als auf „Sprengung eingebildeter Grundbegriffe" gerichtet. Die Jurisprudenz hat die Aufgabe, dafür zu sorgen, daß man allezeit wisse, was Rechtens sei; ihr Geschäft ist es nicht, über Gesetzgebung selbst zu ver-

Digitized by Google

nünfteln, sondern die gegenwärtigen Gebote des Landrechts zu vollziehen (Kant). Das Dogma von dem Rechte, das mit uns geboren ist, kann vor der philosophischen Kritik nicht bestehen, allein seine, wie so mancher anderer nachträglich als irrthümlich erkannten Dogmen, praktischen Leistungen machen dasselbe anziehend und verehrungswürdig, es ist das Recht der Politiker der Praxis, dessen Weg durch Ströme von Thränen und Blut bezeichnet wird. Die Merkmale des mit uns geborenen Rechtes sind vor Allem folgende: Es ist nach Zeit und Ort verschieden (S. 16), es ist unpositiv und unwirklich (S. 20), es ist ursprungslos (S. 25). Dasselbe ist nicht Moral, sondern Recht, wenn auch nur gedachtes, keimendes Recht. Die Gerechtigkeit fordert Gleichheit, aber nicht die absolute Gleichheit — die Gleichmacherei —, sondern die verhältnißmäßige Gleichheit (S. 70, 73). Erstere macht nothwendig Ungleiches gleich, letztere behandelt die Gleichen gleich, die Ungleichen ungleich: Die Gerechtigkeit bildet nicht eine Quelle, einen Motor des Rechts, sondern eine Richtschnur, einen Maßstab. Im Einzelnen werden von dieser Grundlage aus besprochen der Rechtszwang (S. 77), die Steuervertheilung nach der finanziellen Tragkraft (S. 79), die ökonomische Differenzirung als Klassifizirung (S. 82). Die andere rechtsphilosophische Arbeit legt vor Kuhlenbeck in seinem Schuldbegriff als Einheit von Wille und Vorstellung in ursächlicher Beziehung zum Verantwortlichkeitserfolg (1892, Leipzig, C. B. Hirschfeld, 142 S.). Die philosophische Grundlegung der Rechtswissenschaft, welche der Verfasser beabsichtigt, ist auf zwei Theile berechnet, deren erster zur Zeit vorliegt, während der zweite, welcher sich mit dolus und culpa, Vorsatz und Fahrlässigkeit und mit der rechtlichen Bedeutung des Irrthums beschäftigen soll, noch aussteht. Der Verfasser behandelt Wille und Vorstellung (Monistische Untersuchung der beiden Grundphänomene des Seelenlebens; Psychologische Analyse des Wollens; Motiv, Zweck, Absicht und Vorsatz), sowie den Schuldbegriff (Der Schuldbegriff als eine Beziehung zwischen Wollen und Verursachen; die moralische und metaphysische Wurzel des Schuldbegriffs [Willensfreiheit]). Der Begriff der Schuld ist ein das Wollen (voluntas rationalis) und den Begriff der Kausalität umfassender Beziehungsbegriff. Vorstellen und Wollen sind gleichermaßen auf Selbstthätigkeit oder Spontaneität zurückzuführen. Beide Begriffe sind innerhalb des umfassenderen Strebens gelegen. Beide haben eine einheitliche Wurzel in der Spontaneität der psychischen Substanz (S. 50). Wollen (voluntas rationalis) ist bereits ein zusammengesetzter Vorgang des Seelenlebens. Vorsatz ist unmittelbares, Absicht mittelbares Objekt des Wollens (S. 58). Wollen als rein psychologischer, innerlicher Vorgang scheidet sich scharf von dem Begriff des Verursachens. Der Schuldbegriff ist ein moralischer Beziehungsbegriff. Im juristischen Sinne redet man von Schuld nur bei äußerer, objektiver Beziehung des Wollens auf seine Wirkungen. Ursache ist ein Bestandtheil des Schuldbegriffs. Dieselbe ist jegliche positive oder negative Vorbedingung eines Urtheils, eine unentbehrliche Prämisse des Schlußurtheils, je nach dem jeweiligen Interessenstandpunkt der Untersuchung verschieden lautend (S. 67).

Digitized by Google

Der Begriff des Wollens schließt das Bewußtsein des Gewollten in sich (S. 70). Das Wollen kann ein positives — psychisches Wollen — oder ein negatives sein, letzteres wieder ein wirkliches Nichtwollen oder auch die Nichtexistenz des Wollens. Willensfreiheit ist ein vielfältig bedingtes, aber keineswegs durch eine anfangslose Kausalreihe necessitirtes Vermögen (S. 129), welches innerhalb seiner Sphäre frei ist (S. 136, 142). In der ernsten Arbeit will nur das billige Loblied auf den gesunden Laieninstinkt, welcher vor den ungeheuerlichen Konsequenzen, zu denen gelehrte Richter gelangen, vermeintlich bewahrt bleibt, nicht sonderlich am Platz erscheinen (S. 70). Ein scharfer Beobachter des Lebens und seiner Erscheinungen, als welcher sich der Verfasser überall beweist, kann nicht verkennen, daß bei irgend zweifelhafter Rechtslage auf tausend Nieten der sogenannte gesunde Menschenverstand, wenn er sich völlig allein überlassen bleibt, kaum einen Treffer aufzuweisen haben möchte. Das Geschworenengericht spricht nicht dagegen; dasselbe erhält seine Direktive durch die von gelehrter Seite ausgehende Fragestellung und Rechtsbelehrung (§§. 290, 300 R.Str.P.O.). Denken wir diese hinweg, und die segensreiche Wirksamkeit des Geschworeneninstituts dürfte gar erheblich sinken, — ganz abgesehen davon, daß die gesammte Leitung der Verhandlung mit ihrer großen Bedeutung für die Klarstellung des zur Aburtheilung stehenden Thatbestandes ausschließlich in der Hand der Fachjuristen liegt. Am tiefsten an die Wurzeln herrschender rechtsphilosophischer Anschauungen greift die Schrift von Georg Frenzel, Recht und Rechtssätze. Eine Untersuchung über den Rechtsbegriff der positiven Rechtswissenschaft (1892, Leipzig, Breitkopf & Härtel, VI und 111 S.). Verfasser hält den Rechtsbegriff der positiven Wissenschaft, wonach das Recht der Inbegriff von Rechtssätzen ist, für falsch. Zwischen den Rechtssätzen, wie sie thatsächlich in der Vorstellung der in Rechtsgemeinschaft lebenden Individuen bestehen oder bestanden haben, und dem Recht herrscht nicht unbedingte Uebereinstimmung — ein Gedanke, der auch den wahren Gehalt der Jhering'schen Aufstellung von den „latenten Rechtssätzen" bildet. Die mangelnde Identität zwischen Recht und Rechtssätzen beweist aber, daß die Rechtssätze nicht zum Wesen des Rechts gehören. Denn es ist logisch unmöglich, daß zwischen dem wesentlichen Bestandtheil einer Erscheinung und der Erscheinung selbst auch die geringste, das Hineinfallen des Bestandtheils in die Erscheinung verhindernde Differenz obwalte. Mit den Rechtssätzen scheidet aber von dem Rechtsbegriff der herrschenden Lehre gerade der grundlegende Bestandtheil aus. Es fragt sich nunmehr, worin denn sonst der Gegenstand der positiven Rechtswissenschaft bestehe, und es handelt sich darum, den empirischen Begriff des Rechts zu finden. Das Gewohnheitsrecht ist eine Gewohnheit der übenden Gemeinschaftsglieder, welche auf allgemeinen Ursachen beruht, etwas rein Jnnerliches, eine gewisse Eigenschaft der Seele. Das Gesetzesrecht ist eine allgemeine Gewohnheit der Staatsangehörigen, dem Gesetz zu gehorchen. Das Recht der staatlichen Gemeinschaften besteht durchweg in allgemeinen Gewohnheiten. Durch die letzteren ist das genus proximum des Rechts bestimmt. Es verbleibt die Frage nach der differentia specifica der rechtlichen von sonstigen allgemeinen Gewohnheiten.

Digitized by Google

Die Verletzung der letzteren kümmert Niemanden, die Vorstellung einer Verletzung der Rechtsgewohnheit hingegen ist immer geeignet, einen physischen Gewaltakt an dem Verletzer zu veranlassen. Man nennt die allgemeine Gewohnheit

allgemeinen Brauch,

sofern die Ausführung der Gewohnheitshandlung von einem deutlichen Triebe begleitet wird, welcher zu ihrer Vornahme hindrängt,

allgemeine Moral,

sofern kraft einer weiteren allgemeinen psychischen Association die Vorstellung des Abweichens von der Gewohnheit das Gewissen des Abweichenden schlagen macht,

Sitte,

sofern kraft einer weiteren allgemeinen psychischen Association die Vorstellung jenes Abweichens ein Gefühl der Mißachtung in den Gemeinschaftsgenossen erzeugt,

Recht,

sofern kraft weiterer psychischer Associationen die Vorstellung jenes Abweichens in den Gemeinschaftsgenossen den Antrieb zur Ausübung physischer Gewalt gegen den Abweichenden herbeiführt oder zuläßt.

Das Recht kann in jeder menschlichen Gesellschaft, nicht bloß im Staat entstehen. Man denke an die völkerrechtlichen Gewohnheiten, die fremde Gebietshoheit, den fremden Souverain nicht zu verletzen, welche zweifellos Recht sind. Das Recht ist kein menschliches Machwerk, sondern beruht auf einer räthselhaften Thätigkeit der Natur, gleichwie das Wachsthum der lebenden Organismen. Das ist das Richtige, sofern man auf das Recht, die Rechtsgewohnheiten sieht. Aber auch Ihering's Behauptung, daß die Geschichte des Rechts „mit dem harten Ringen und Arbeiten des menschlichen Verstandes" begonnen habe, ist durchaus zutreffend, sofern man auf die Rechtssätze sieht. Das Recht bilden aber nicht die Rechtssätze, sondern die Rechtsgewohnheiten Im Mittelpunkt des Strebens der wahren Rechtswissenschaft steht daher nicht die Erkenntniß der ersteren, sondern der letzteren. Soweit das objektive Recht. Die begrifflichen Merkmale des subjektiven — sei es privaten, sei es öffentlichen — Rechts sind zu finden:

1. in einer Rechtsgewohnheit, deren Bewegung durch die Vorstellung von Willensäußerungen eines mit gewissen Merkmalen behafteten Individuums beeinflußt wird,
2. in dem Eintritt der diesen Merkmalen entsprechenden, sie verwirklichenden Thatsachen,
3. in dem durch die Rechtsgewohnheit dem Individuum gewährten Genuß.

Der Beweis für die Richtigkeit dieser Begriffsmerkmale des subjektiven Rechts wird durch eine kurze Skizzirung einiger grundlegenden privatrechtlichen Erscheinungen versucht. Die Untersuchung erstreckt sich auf die Verschiedenheit und Identität, die Entstehung, die Veränderung und das Er-

Digitized by Google

löschen der Rechte, die absoluten Rechte — darunter den Besitz —, die obligatorischen Rechte, das Pfandrecht, das Erbrecht, das Familienrecht, die Stellvertretung und endlich die sogenannten subjektlosen Rechte. Eine, mancherlei Widerspruch neben vielfacher Zustimmung weckende, gedankenvolle Arbeit von P. Klöppel liegt überwiegend auf öffentlich-rechtlichem Gebiet: Gesetz und Obrigkeit. Zur Klärung des Staats- und Rechtsbegriffs (1891, Leipzig, C. L. Hirschfeld, VI und 129 S.). Jedes Gesetz hat nur die Bedeutung, die Handhabung der Staatsgewalt seitens der Obrigkeit durch Grenzbestimmung oder Anweisung rechtlich zu binden (vergleiche dagegen meine kritischen Erörterungen S. 6 ff.). Der Begriff der Verantwortlichkeit ist ein nothwendiges Bindeglied in dem Verhältnisse von Gesetz und Obrigkeit: das Gesetz ist der Maßstab für die Verantwortung der Obrigkeit. Sie schuldet Rechenschaft darüber, daß dem Gesetze genügt ist, aber wenn dem Gesetze genügt worden, ist sie auch ihrer Verantwortung entlastet. Und diese Entlastung ist gerade der richterlichen Obrigkeit sehr geläufig, je nachdem die naturrechtliche Vorstellung, daß der Richter nur auf Grund eines Gesetzes entscheiden kann, herrschend geblieben ist, am meisten also im Gebiete des Strafrechts, weniger, aber immer noch allzu merklich im Gebiete des Privatrechts. Geht das so fort, so muß der vollendete „Gesetzesstaat" der vollendete Ohnmachtsstaat gegen den Anprall gesellschaftlicher Begehrlichkeiten werden. Beide Begriffe — der des Gesetzes, wie der der Verantwortlichkeit — sind erst durch den Rechtsstaat der verfassungsmäßigen Monarchie in vollem Umfange verwirklicht worden. Für den wahren Rechtsstaat bildet der wohl verstandene Begriff der Verantwortlichkeit den festen Damm auch gegen diese schiefe Ebene. Ist er einmal am Gesetz ausgebildet und hat er in den Einrichtungen, welche die Bindung der höchsten Obrigkeit durch das Gesetz ermöglichen, eine feste Stätte seiner Bethätigung erhalten, so haftet er nicht länger am Gesetz. Vielmehr ladet nun der Mangel des Gesetzes — nach Laband's treffender Bemerkung — der Obrigkeit eine verschärfte Verantwortung dafür auf, daß ihre Handlungen nach dem freien Maßstabe des Rechtsgefühls und Gemeinwohls, von welchem das Gesetz begrifflich nur der abstrakte Ausdruck ist, als nothwendig sich erweisen. Die stärkste Verantwortung aber nimmt die Obrigkeit auf sich, wenn sie um des Gemeinwohls willen vorübergehend gegen das Gesetz zu handeln sich durch Beruf und Pflicht genöthigt fühlt. So ist die Obrigkeit Anfang und Ende des geschichtlichen Staatsbegriffs, Recht und Gemeinwohl eines Volksthums von eigener Gesittung umschließend, und nur die starke Obrigkeit kann ein starkes Recht verbürgen (S. 128/129). Der gegen die Rechtsprechung erhobene Vorwurf ist, soweit er überhaupt berechtigt erscheinen könnte, an die falsche Adresse gerichtet. Eine Rechtsprechung, wie sie der Verfasser anscheinend wünscht, würde nicht bloß dem Verdacht, sondern auch der Gefahr der — unbewußten — Willkür unterliegen, und damit der Staat „dem Anprall gesellschaftlicher Begehrlichkeiten" noch ein wenig schneller und sicherer unterliegen, als dies der Verfasser für den Fall prophezeit, daß es so fortginge, wie bisher. — Von dem großen Handbuch der Straßenbahnkunde, welches Karl Hilse begonnen hat, liegt

Digitized by Google

der erste, das Straßenbahnrecht behandelnde Band (409 S.) und von dem zweiten die die Straßenbahnpolitik behandelnde erste Lieferung (232 S.) vor (1891, 1892, München und Leipzig, R. Oldenbourg). Die Straßenbahnwirthschaftslehre und die Straßenbahnbetriebslehre stehen noch aus. Nach einer die Grundbegriffe darlegenden Einleitung werden das Straßenbahnrecht Deutschlands, das obrigkeitliche Eingriffsrecht bezüglich der Bahnanlage und des Bahnbetriebes, die Personen beim Straßenbahnunternehmen (Vermögensbetheiligte, Werkthätige), das Straßenbahnsachenrecht (Bahnanlage, Bahnbetrieb), die Schuldverhältnisse bei Straßenbahnunternehmungen, besonders aus dem Arbeiterversicherungs- und Haftpflichtrecht — bezüglich des letzteren mit durchaus unbegründeter Polemik wider die einschlägige Rechtsprechung des Reichsgerichts (S. 236) (vergl. dieses Archiv Bd. 3 S. 117/118) — und endlich der Rechtsschutz der Straßenbahnen (Strafrechts-, Polizeirechts- und Vermögensrechtsschutz) einer eingehenden Erörterung unterzogen, welche den Verfasser als erfahrenen Praktiker auf dem in Frage stehenden Gebiet erkennen läßt. Der Besitz erfreut sich nach wie vor liebevoller und eingehender Erörterung. Von grundlegender Bedeutung ist die Arbeit von Paul Hirsch, Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und -Verlustes nach römischem Recht (1892, Leipzig, Duncker und Humblot, X und 737 Seiten). Besitz ist die auf der thatsächlichen Grundlage körperlicher Bewältigung beruhende Herrschaft über eine Sache von unvollkommen rechtlichem Charakter, eine aus thatsächlichen und rechtlichen Momenten gebildete Verbindung zwischen Person und Sache, ein Machtverhältniß, das einer Willenseinwirkung auf die Sache seine Entstehung verdankt. Der Besitz ist ein Recht und zwar ein dingliches, unvollkommenes — nicht aber ein relatives — Recht. Erworben wird dasselbe durch thatsächliche Unterwerfung des Objekts unter den Sonderwillen des Subjekts, eine Unterwerfung, welche nach Auffassung der Römer ohne die Möglichkeit körperlicher Einwirkung des Subjekts auf das Objekt nicht zu denken ist, eine solche nur im Falle der Gegenwart des Subjekts gegebene Einwirkungsmöglichkeit voraussetzt. Beim Besitzerwerb kommt alles auf die thatsächliche Durchsetzung des Willens an, und ebenso kann der Besitzverlust nicht statthaben ohne Aufgabe, mindestens aber Alteration des Besitzwillens. Daß der Besitzwille auch während bestehenden Besitzes sich dauernd wirksam erweise, ist nicht erforderlich, übrigens nicht einmal möglich. Weder legislativpolitische, noch historische, noch ferner prozessualische Gesichtspunkte, noch endlich die in den Quellen niedergelegten litterarischen Zeugnisse der Römer sprechen wider die Willenstheorie. Bei derselben ist vielmehr zu verharren. Der Grund des Besitzesschutzes ist zu erblicken in dem in Bezug auf die Sache geäußerten und durchgesetzten Sonderwillen, welcher als solcher mehr werth ist, als jeder konkurrirende Sonderwille der Rechtsgenossen, und welcher nur dem allgemeinen Willen, d. h. dem objektiven Recht, nicht aber einem anderen Sonderwillen zu weichen gebunden ist. In dem Besitz wird der zum Ausdruck gekommene menschliche Wille, insofern er auf die Beherrschung der Objekte gerichtet ist, geschützt; der Ausdruck, den er hier findet, ist der unmittelbarste, ein

Digitized by Google

sozusagen naturwüchsiger. Der animus possidendi nimmt im Besitzrecht eine centrale Stellung ein. Dieselbe ist ihm auch in Zukunft von der Gesetzgebung zu belassen. Die lex ferenda hat aber zwei Arten des Besitzes zu schützen: den unvollständigen mit beschränktem Herrschaftswillen und den Vollbesitz, soweit der unvollständige Besitz nicht entgegensteht. Die Zweckmäßigkeitsgründe für den Besitzesschutz sind die Regulirung der Parteirollen im Eigenthumsstreit und die Interessen des Verkehrs, der tiefere Grund des Besitzesschutzes aber ist der Schutz des Herrschaftssonderwillens. Dies in den äußersten Umrissen der Inhalt der umfassenden und gründlichen Arbeit. Von hohem dogmengeschichtlichen Werth ist die: Traditio ficta. Ein Beitrag zum heutigen Civilrecht auf geschichtlicher Grundlage von J. Biermann (1891, Stuttgart, Ferdinand Enke, VIII und 408 Seiten). Glossatoren wie Postglossatoren sehen von dem eigentlichen corpus nur beim mittelbaren Besitzerwerb und auch hier nur in ganz bestimmten Fällen ab. Die Zahl dieser Fälle hat sich bei letzteren gegenüber der Glosse nur unbedeutend vermehrt, doch ist eine weitere Vermehrung durch den Satz ermöglicht, daß auch das Gewohnheitsrecht neue Fälle schaffen könne. Die Postglossatoren haben aber die dürre Theorie der Glossatoren zu einem üppigen Felde der Kasuistik umgewandelt und dadurch auch hier der Aufnahme des römischen Rechts durch das Leben sehr wesentlich den Weg gebahnt. Die Bedeutung der Theorie für die Praxis liegt aber vor Allem darin, daß sie das constitutum possessorium ohne hervortretende causa detentionis — das sog. constitutum simplex — in das praktische Verkehrsleben eingeführt hat. Zugleich setzt ihre Lehre an die Stelle des der römischen Besitzerwerbslehre zu Grunde liegenden Prinzips der stets originär erfolgenden Herstellung der faktischen Herrschaft das Prinzip der Succession. Glossatoren wie Postglossatoren lassen sich von dem Streben nach Beseitigung des corpus acquirendi leiten. Die Humanisten sind den Weg der Postglossatoren gewandelt: den Weg der Succession in den Besitz. Die deutsche romanistische Theorie aus der Zeit des usus modernus weist hingegen weitere Fortschritte auf, insbesondere in der allgemeiner gewordenen Erklärung des zum Besitzübergange erforderlichen körperlichen Aktes als einer Erklärung des Traditions- und Erwerbswillens. Gegenströmungen haben jedoch nie gefehlt und ihren naturgemäßen Abschluß — den Besitzübergang durch formlose Erklärung — hat diese Entwickelung nicht erreicht. In der Praxis verblaßte das körperliche Moment der Tradition noch mehr als in der Theorie: dieselbe stand der Forderung der „physischen Möglichkeit, unmittelbar auf die Sache zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen," gänzlich fern. Für das geltende gemeine Recht ist ein zweifelsfreies Resultat nicht zu gewinnen, doch spricht mehr für das Successionsprinzip, als für das der thatsächlichen Herrschaft, da in einigen Fällen das heutige gemeine Recht einen Besitzerwerb durch Tradition annimmt, ohne daß eine thatsächliche Herrschaft für den Erwerber hergestellt ist. Dahin gehört die Tradition durch Uebergabe der Erwerbsurkunde des Veräußerers, die Uebereignung von Gebäuden und eingeschlossenen Waaren mittels Schlüssel-

Digitized by Google

übergabe, vor Allem aber das abstrakte Konstitut. Das sind Fälle, in denen nach heutigem gemeinen Recht ein Besitzübergang anzunehmen ist, ohne daß eine thatsächliche Herrschaft für den Accipienten begründet wird. Der Besitz geht über durch bloße acceptirte Traditionserklärung, durch formlosen — dinglichen — Vertrag; diese Succession aber hat nur unter Lebenden, nicht auch von Todeswegen statt. Die Bestimmungen des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich bewegen sich nicht im Rahmen dieser Entwickelung, sondern sind das gerade Gegentheil von dem, was man nach derselben erwarten sollte; seine Bestimmungen über den Besitzerwerb sind nicht annehmbar. Gefordert wird Beseitigung der von ihm beliebten Gleichstellung einseitigen und zweiseitigen Besitzerwerbes, Beseitigung des Verlangens nach thatsächlicher Gewalt auch für den letzteren, und Anknüpfung des Besitzüberganges an die acceptirte Traditionserklärung, zum Mindesten bei Immobilien und solchen beweglichen Sachen, deren körperliche Tradition mit unverhältnißmäßigen Schwierigkeiten verbunden wäre. Die Ausschließung des abstrakten Konstituts durch den §. 805 des Entwurfs widerspricht nicht blos der ganzen bisherigen Entwickelung, sondern auch allen in Deutschland bestehenden Civilrechtssystemen — ein Sieg der Logik über die Zweckmäßigkeit, während es bei der Gesetzgebung heißen sollte: Erst die Zweckmäßigkeit, dann die Logik. Eine Spezialfrage aus der Besitzlehre behandelt F. Siepmann, Der Besitzerwerb des Kindes (1892, Göttingen, W. Fr. Kästner, 84 Seiten), freilich überwiegend nur in der Form eines immerhin dankenswerthen Referates über die Hauptmeinungen, die sich auf dem Gebiet geltend gemacht haben. Selbst Stellung zu nehmen lehnt der Verfasser ab. De lege ferenda tritt der Verfasser für die Aufnahme einer Bestimmung, wie sie §. 831 des Bähr'schen Gegenentwurfes vorschlägt, ein: Besitz kann auch von einer geschäftsunfähigen Person erworben und ausgeübt werden, wenn sie des Bewußtseins nicht ermangelt. Das Gegenstück zur Besitzlehre, als dem beliebtesten Tummelplatz der Privatrechtswissenschaft bildete zeitweilig die Lehre vom Schiedsvertrag. Die Berichtsperiode weist jedoch in eigenthümlicher Bestätigung der Beobachtung von der Duplizität der Erscheinungen zwei Arbeiten auf, welche sich mit demselben beschäftigen. Die eine von A. von Lindheim unter dem Titel: Das Schiedsgericht im modernen Civilprozesse (1891, Wien, Manzsche Hofbuchhandlung, 167 S.) stellt sich die Aufgabe, die segensreiche Wirkung von Schiedsgerichten als dem wichtigsten Mittel zur Verhütung von Prozessen, welche im günstigsten Falle ein Uebel sind, ins Licht zu setzen und Vorschläge zur Regelung des schiedsrichterlichen Verfahrens für die österreichische Monarchie zu machen; dieselben acceptiren im Wesentlichen die im zehnten Buch der Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich enthaltenen Grundsätze. Die andere Abhandlung ist von S. Haym unter dem Titel: Der Schiedsvertrag (1892, Tübingen, W. Armbruster und O. Riecker, 110 S.) vorgelegt. Der Schiedsvertrag ist kein prozessualer, sondern ein privatrechtlicher Vertrag, ein seinem Inhalt und seiner Wirkung nach bedingter Vergleich. Prozeßfähigkeit ist zu seinem Abschluß nicht erforderlich. Der Gemeinschuldner kann kompromittiren, aber ohne

Digitized by Google

Wirkung für den Konkurs. Der gesetzliche Vertreter kann nicht kompromittiren. Gegenstand des Kompromisses können nur transigible Ansprüche, welche möglicher Gegenstand eines Rechtsstreits sind, sein. Vom Schiedsmann unterscheidet sich der Schiedsrichter dadurch, daß er entscheiden, jener schlichten soll, vom Arbitrator dadurch, daß er über einen Anspruch oder ein Rechtsverhältniß, letzterer über eine Thatsache oder ein Element eines Rechtsverhältnisses entscheidet. Der Gläubigerausschuß kann bei Streitigkeiten zwischen der Konkursmasse und einem Dritten, der Aktionär, der Kommanditist einer Gesellschaft bei Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und einem Dritten Schiedsrichter sein. Die Vereinbarung, daß nur eine Partei oder ein Dritter den Schiedsrichter ernenne, ist giltig. Die stillschweigende Unterstellung eines Geschäfts unter Schlußscheinbedingungen, welche schiedsrichterliche Entscheidung vorsehen, genügt zum Abschluß des Schiedsvertrages. Die aus dem Kompromiß erwachsende Einrede gegen die Beschreitung des ordentlichen Rechtsweges ist weder die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts, noch die der Unzulässigkeit des Rechtsweges, sondern eine materiellrechtliche (exceptio compromissi). Die Möglichkeit von Arrest und einstweiligen Verfügungen wird durch den Schiedsvertrag nicht berührt. Rechtshängig vor dem Schiedsgericht wird der Anspruch nicht schon mit dem Abschluß des Schiedsvertrages, sondern erst, wenn das Verfahren vor dem Schiedsgerichte im Gange ist. Wann letzteres zutrifft, muß im einzelnen Falle festgestellt werden. Ein eidbedingter Schiedsspruch ist unzulässig. Die Klagen auf Ablehnung eines Schiedsrichters, sowie bezüglich des Bestehens eines Schiedsvertrages und der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens sind Feststellungsklagen. Die auf den Schiedsspruch sich stützende Klage ist nicht die actio iudicati, ebenso wenig wie aus ihm die exceptio rei iudicatae entnommen werden kann. De lege ferenda wird eine Bestimmung des Inhalts für nothwendig erachtet, daß mangels einer zweifellosen Festsetzung im Schiedsvertrag über die Zahl der Schiedsrichter diese in einer gesetzlich zu bestimmenden Zahl — etwa 3 — ernannt werden. A. Hofmann bietet eine historische und dogmatische Darstellung des Anerkenntnisses im Civilprozeß (1892, München, J. Schweitzer, 48 S.). Der Verfasser stellt sich bezüglich des Römischen Rechts im Wesentlichen auf den bekannten Standpunkt von Demelius. Nach einem kurzen Blick auf die Partikulargesetzgebung (österreichische, preußische, hannoversche, coburgische, bayerische und weimarische) wird das Anerkenntniß in nicht sehr glücklicher Formulirung als die vom Beklagten vor dem Prozeßgericht bei der mündlichen Verhandlung oder im vorbereitenden Verfahren in Rechnungssachen abgegebene Erklärung bezeichnet, daß er den vom Kläger geltend gemachten Anspruch nicht bestreiten wolle. Das Anerkenntniß im Arrestprozeß ist gerichtliches Anerkenntniß des Arrestbegehrens und außergerichtliches Anerkenntniß der materiellen Gläubigerrechts. Das Anerkenntniß im schiedsrichterlichen Verfahren macht den Schiedsspruch nicht überflüssig. In einem vor unzuständigem Gericht anhängig gemachten Prozeß kann — sofern Prorogation nicht zulässig ist — ein solches wirksam ebenso wenig abgegeben

Digitized by Google

werden, wie im Fall der Unzulässigkeit des Rechtsweges. Das Anerkenntniß kann in allen Instanzen und auch noch im Wiederaufnahmeverfahren erfolgen. Der Nebenintervenient, auch der des §. 66 C.P.O., kann wirksam kein Anerkenntniß abgeben. Das Anerkenntniß des Prozeßbevollmächtigten kann die miterschienene Partei durch sofortigen Widerruf beseitigen. Das Anerkenntniß kann wirksam auch in Abwesenheit des Prozeßgegners abgegeben werden. Dasselbe muß regelmäßig in der mündlichen Verhandlung erfolgen; es kann aber auch vor dem beauftragten und ersuchten Richter erfolgen. Dies ist überaus bedenklich, sofern dadurch der Anspruch auf Erlaß des Urtheils nach §. 278 C.-P.-O. als erworben gemeint ist. Das Anerkenntniß im vorbereitenden Schriftsatz ist ein außergerichtliches. Das Anerkenntniß kann mit Zustimmung des Gegners zurückgenommen werden, ohne Zustimmung desselben aber nur unter der Voraussetzung seiner Unwahrheit und des Irrthums des Anerkennenden, auf dessen Entschuldbarkeit nichts ankommt. Das Anerkenntniß wird zum Anerkenntnißvertrag, wenn beide Parteien dessen Protokollirung beantragen oder doch keinen Einwand dagegen erheben. Dann ist aber jedes Anerkenntniß im Prozeß ein Anerkenntnißvertrag, da ein solcher Einwand ein psychologisches Unding wäre, welches wohl noch niemals Realität gewonnen hat. Trotz des Anerkenntnisses hat das Gericht die Voraussetzungen einer Klage aus §. 231 C.-P.-O. zu prüfen, und es muß bei mangelndem Rechtsschutzinteresse trotz des Anerkenntnisses Klageabweisung erfolgen. Die Wirkung des heutigen Anerkenntnisses ist gegenüber der confessio in iure des Römischen Prozesses theils eine schwächere, — weil das Anerkenntniß keinen vollstreckbaren Titel gewährt —, theils eine stärkere — weil der Kläger das Recht auf Feststellung des Anspruchs durch Judikat hat. Daß letzteres wirklich eine sachliche Stärke ist, will Referenten nicht eben scheinen. Das materielle Prozeßrecht weist endlich noch eine dritte Arbeit auf: B. Jünger, Befugniß des Prozeßbevollmächtigten zum Abschluß eines Vergleichs nach der deutschen Civilprozeßordnung unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Vormundschaftsordnung (1890, Berlin und Leipzig, Heusers Verlag, Louis Heuser, 33 S.). Auf Grund des zur Zeit der Entstehung der Reichs-Civilprozeßordnung herrschenden wissenschaftlichen Sprachgebrauchs ist anzunehmen, daß die C.P.O. den zur Beseitigung des Rechtsstreits dienenden Vergleich nicht als Prozeßhandlung betrachtet. Unter Prozeßhandlung ist nämlich zu verstehen eine Parteihandlung, welche nach der Civilprozeßordnung dazu bestimmt ist zum Zwecke der Erhebung, Beendigung oder gerichtlichen Entscheidung einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit oder der gerichtlichen zwangsweisen Befriedigung privatrechtlicher Ansprüche vorgenommen zu werden. Der Vergleich dient aber keinem dieser Zwecke. Rechtes Vertrauen zu seiner Aufstellung scheint Verfasser freilich nicht zu haben. Denn er schreibt: Sollte man jedoch trotz alledem nicht davon überzeugt sein, daß der Vergleich keine Prozeßhandlung im Sinne der Civilprozeßordnung sei, so wird man jedenfalls zugeben müssen, daß es sehr zweifelhaft sei, ob er eine solche sei, und ihn schon deshalb nicht als Prozeßhandlung betrachten und behandeln

Digitized by Google

dürfen. Jener Zweifel ist ein vielleicht anerkennenswerthes Selbstbescheiden, dieser Schluß aber durchaus unwissenschaftlich und — bei der Ueppigkeit, mit welcher Zweifel auf dem Gebiete jeglicher Wissenschaft emporschießen — praktisch gefährlich. Der Prozeßbevollmächtigte als solcher ist zum Vergleichsabschluß befugt, wenn er generell und hinsichtlich des Vergleichs unbeschränkt zum Prozeß bevollmächtigt ist, und auch dann nur insoweit, als der geltend gemachte Anspruch den Gegenstand desselben bildet. Die einschlägigen Bestimmungen (§§. 77—79, 83 C.-P.-O.) sind öffentlichrechtlicher Natur und daher der Privatdisposition entzogen. Die Wirkung des Vergleichs richtet sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Der von dem Prozeßbevollmächtigten einer bevormundeten Person geschlossene Vergleich bedarf daher der Genehmigung des Gegenvormundes bezw. des Vormundschaftsgerichts, insoweit der Vormund bezw. Mündel selbst derselben bedürfen würde. Eine wichtige Frage behandelt in gründlicher und interessanter Weise L. v. Petrażycki, nämlich Die Fruchtvertheilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten. Vom Standpunkt des positiven Rechtes und der Gesetzgebung (1892, Berlin, H. W. Müller, XI u. 268 S.). Die Schrift setzt sich aus drei Abhandlungen zusammen: die Dotalfruchtvertheilung bei Eheauflösung, die Einkunftsvertheilung zwischen gutgläubigem Besitzer und Eigenthümer, die allgemeinen Grundsätze über die Einkunftsvertheilung bei der Succession in die Nutzung. Das Ergebniß, zu welchem der Verfasser in gründlicher, die wirthschaftlichen, rechtsgeschichtlichen und praktischen Momente vollauf würdigender Ausführung gelangt, ist in Kurzem das Folgende. Bei Beendigung des Dotalverhältnisses werden periodische Früchte des letzten Jahres nach Verhältniß der Dauer in diesem Jahr getheilt. Im Falle des putativen dinglichen Rechts (bonae fidei possessio) haben weder die Periodizität noch das Jahr der Nutzung Einfluß, hier ist vielmehr der römische Unterschied der fructus consumpti und extantes von Bedeutung. Außer in diesen beiden Fällen greift das römische Recht nirgends in die Vertheilung der Früchte durch irgend eine Bestimmung ein; sonst entscheidet überall der reine Zufall. Die grundverschiedene Behandlung der beiden Fälle aber erklärt sich daraus, daß bei der Theilung der Dotalfrüchte die Möglichkeit eigennütziger Spekulation abgeschnitten, also Schutz gegen das Willkürliche gewährt, bei Theilung der Früchte aus gutgläubigem Besitz der durch das fremde Blut genährte Organismus des Vermögens gegen die Zerstörung gesichert und dem wirthschaftlichen Leben Sicherheit gegen die rechtlichen Gefahren gegeben, also Schutz gegen das Unerwartete gewährt werden soll. De lege ferenda ist für die Auseinandersetzung zwischen dem putativen und dem wirklichen Nutzungsberechtigten die römische Bestimmung beizubehalten, für die Auseinandersetzung zwischen successiven Nutzungsberechtigten aber soll eine Norm des Inhalts geschaffen werden: Der Nachfolger in der Nutzung soll von dem reinen Gewinn der laufenden Periode dem früheren Berechtigten denjenigen Theil herausgeben, welcher der Dauer des Rechtes des letzteren in der fraglichen Fruchtperiode entspricht; die vor dem Uebergang der Nutzung vom Berechtigten gewonnenen Einkünfte werden zwischen ihm und seinem

Digitized by Google

Nachfolger niemals getheilt. Es erwächst dem Vormann eine Obligation auf Rechnungslegung und Herausgabe. Die Theilung ergreift nur die periodischen Früchte, d. h. diejenigen, welche nicht das ganze Jahr hindurch in kleinen Summen, sondern während einer kurzen Zeit in einer großen Masse eingehoben werden, die also eben deshalb auch leicht berechenbar und beweisbar sind. Aufbau wie Beweisführung der Arbeit beweisen den wissenschaftlichen Sinn, die Folgerungen und Forderungen des Verfassers dessen praktischen Blick. Das Obligationenrecht ist in der Berichtsperiode nur spärlich vertreten. Th. Gimmerthal behandelt den menschlichen Willen als Quelle aller obligatorischen Verbindlichkeiten und insbesondere dessen Bedeutung für die Ernährungspflicht der Konkumbenten bei der außerehelichen Schwängerung. Erster Theil (1892, Arnstadt, Ferd. Gimmerthal, 115 S.). Nur der Wille kann den Willen binden, nur ein lebendiger Wille einem anderen Willen etwas gebieten, alles rein Objektive und Unpersönliche dagegen vermag an sich und direkt obligatorische Beziehungen niemals zu schaffen. Schöpferisch und mit souveräner absoluter Gewalt ausgestattet, d. h. in der Regel ohne jede Beihülfe irgend eines anderen juristischen Agens wirkt der menschliche Wille als Erzeuger aller Obligationen, so daß die Obligationen entweder durch oder gegen, niemals aber ohne ihn zu Stande kommen. Der wahre Rechts- und Entstehungsgrund der Ernährungspflicht des unehelichen Kindes ist die Willensthat der Beischlafsvollziehung, welche eine ihn zum Ersatz des von der Geschwächten erlittenen Schadens verpflichtende lata culpa darstellt. Die culpa lata hat aber ihren Grund in der Sorglosigkeit und im Leichtsinn, während die culpa levis in der Trägheit und Nachlässigkeit, der dolus im bösen Willen beruht. Die Ernährungspflicht erweist sich als unfreiwillige negotiorum gestio nicht stellvertretender Art aus (S. 89), ein Fall des Quasikontrakts, eines Instituts, welches ein gemeinsames Institut des Rechtswesens aller civilisirten Völker zu werden verdient. Der Quasikontrakt aber ist eine erlaubte, absolut einseitige und reale Willensäußerung, welche an sich oder in ihren thatsächlichen oder doch möglichen Wirkungen einem fremden Interesse ausschließlich oder in Wahrnehmung des eigenen des Gestors dient, niemals die Begründung einer Obligation bezweckt, aber doch solche, wenn auch nicht stets und unter allen Umständen, zur Folge hat. Diesen Ergebnissen allgemeiner Art reiht dann der Verfasser die Resultate des Spezialthemas dahin an, daß die exceptio plurium constupratorum mit theilweise befreiender Wirkung zulässig ist, daß mehrere Konkumbenten solidarisch und vererblich, hochgradig Trunkene und Wahnsinnige gar nicht haften, daß kein gesetzliches Erbrecht des unehelichen Kindes gegenüber den Beischläfern besteht, daß gewerbsmäßig oder aus Sinnenlust die Männer anlockende Weiber, sowie Ehefrauen keinen Anspruch aus außerehelichem Beischlaf haben, sowie endlich, daß der Beischläfer einen Anspruch darauf, das Kind selbst zu ernähren und zu erziehen, nicht hat. Referent erscheinen die Ausgangspunkte, wie die Ergebnisse der Arbeit nicht zutreffend. Insbesondere ist die Behauptung, daß das rein Objektive und Un-

Digitized by Google

persönliche keine obligatorische Beziehung zu erzeugen vermöge, unzutreffend und doppelt auffallend in einer Zeit, welche den Gesichtspunkt objektiver Haftung zu immer allgemeinerer Anerkennung in der Gesetzgebung bringt (vgl. dieses Archiv Bd. 8 S. 118).*) Im Gegensatze zu dieser ist eine andere obligationenrechtliche Abhandlung ein erfreuliches Zeichen praktisch-gesunder Rechtsauffassung: Nicht in der Wiederbelebung altjuristischen Zierraths, sondern in der durch reale Bedürfnisse gebotenen Fortbildung des in lebendiger Anwendung stehenden Rechts ist für unser Rechtsleben Ersprießliches zu hoffen. Solche Fortbildung strebt G. Lehmann, Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung bei gegenseitigen Verträgen mit Rücksicht auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1891, Dresden, v. Zahn und Jänsch, 63 S.) an. Die Ergebnisse der Abhandlung sind im Wesentlichen folgende. Der Vertrag, den wir heut brauchen, ist eine Kombination der Bindung durch den Willen und durch die Leistung, so daß bei Nichterfüllung oder nicht vertragsmäßiger Erfüllung der vertragstreue Theil die Willensbindung wieder aufheben könnte. Derselbe würde den menschlichen Verhältnissen besser dienen als der altrömische Konsensualkontraktsapparat, mit dem wir jetzt arbeiten müssen und nach dem Entwurf noch weiter arbeiten sollen. Man sieht, das ist derselbe Standpunkt, welchen der große Svarez bei Abfassung des preußischen Landrechts einnahm, als er eine Vorschrift des Inhalts vorschlug, daß, wenn ein Theil vom Vertrage abgeht, der andere die Wahl haben solle, ein Gleiches zu thun oder auf Erfüllung zu klagen, welchen derselbe aber nicht in dieser Allgemeinheit, sondern nur auf dem allerdings umfangreichen Sondergebiet der Verträge, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, durchzusetzen vermochte. Der code civil giebt etwas im endlichen Erfolge Aehnliches in der Befugniß des Richters zur Vertragsaufhebung wegen nicht gehöriger oder Nichterfüllung. Man bedenke ferner, daß für das große Gebiet des Handelsrechts der Erfüllungsverzug des einen Theiles dem anderen ein Rücktrittsrecht gewährt, sowie daß jeder Kodifikator wegen der mit der Kodifikation nothwendig verbundenen Stauung des Flusses der Rechtsentwickelung eine Spanne weiter zu greifen und dem Neugestaltungsdrange Rechnung zu tragen hat, statt durch Festhalten an dem längst Bestehenden inhaltlich veraltete, leistungsunfähige Normen zu schaffen. Solche Erwägungen müssen das in den verschiedenen Gebieten seiner Geltung voll bewährte Rücktrittsrecht bei Erfüllungsverzug des Gegners zur Aufnahme in das bürgerliche Recht Deutschlands auf das Dringendste empfehlen. Nur wäre, sollten nicht die Verträge wie Kartenhäuser zusammenfallen, zu fordern, daß der Verzug einen essentiellen Theil des Vertragsverhältnisses beträfe. Einen Beitrag zur Geschichte des Sozietätsrechts nennt H. Cohén seine Abhandlung über „L. 44 §. 1 D. de aedilicio edicto XXI, 1“ (1892, Berlin, Mayer und Müller, 25 S.). Die bezeichnete lex erstreckte ihre Wirksamkeit auf

*) Verf. stellt übrigens eine 2. vermehrte Auflage unter Verbesserung selbsterkannter Irrthümer in Aussicht. D. R.

Digitized by Google

den Vieh-, wie auf den Sklavenhandel, später auch auf den Handel mit allen anderen körperlichen Sachen; sie hat im gemeinen Recht diese Allgemeingültigkeit sich bewahrt. Dieselbe spricht Solidarhaft des verkaufenden Gesellschafters — nach seinem Geschäftsantheil — aus. Diese Solidarhaft sollte die Schwierigkeit und Unbequemlichkeit einer gegen die einzelnen Sozien zu bewirkenden Klaganstellung heben. Mit dem Viehhandel beschäftigt sich die in zwei Bändchen vorgelegte Arbeit von M. Scherer und O. Scherer, Das in Deutschland geltende Viehwährschaftsrecht in der durch die Reichsgesetzgebung veränderten Gestalt (1891, Leipzig, Roßbergsche Buchhandlung). Die Arbeit ist hervorgegangen aus einer Umarbeitung und Erweiterung einer als Beilage der Juristischen Wochenschrift erschienenen Abhandlung. Der erste Theil (XXI u. 224 S.) stellt die praktisch wichtige Materie in systematischer Anordnung dar. Der zweite Theil mit dem Sondertitel „Die den Viehhandel betreffenden Gesetze sämmtlicher deutschen Staaten in der durch die Reichsgesetzgebung veränderten Gestalt und der Nachbarländer" (VIII u. 130 S.) enthält die bezüglichen Gesetzestexte. Vom Ausland sind in der Zusammenstellung Oesterreich, die Schweiz, Frankreich, Belgien, Luxemburg, Holland, Italien, Dänemark und Rußland (Ostseeprovinzen, Weichselprovinzen, das übrige Rußland) vertreten. Der erste Theil ist durch seine reiche Kasuistik werthvoll, der zweite durch eine Vollständigkeit und Genauigkeit, wie sie von der Praxis längst ersehnt, bisher aber noch nicht erreicht waren. De lege ferenda wird die Beibehaltung des römischen Gewährschaftsrechts gefordert. Eine andere Spezialfrage aus dem Gebiete der Austauschverträge behandelt M. König, Die Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren (1892, Berlin, Puttkammer und Mühlbrecht, 83 S.). Die Arbeit will die Regreßrechte im Handel mit Inhaberpapieren unter Darlegung der allgemeinen Gesichtspunkte, von denen eine zweckmäßige Behandlung der Frage auszugehen hat, erörtern. Die sachenrechtliche Beurtheilung der Inhaberpapiere ist unzutreffend. Das Papier und die in ihm verkörperte Forderung sind gemeinsame Objekte des Kaufes, wie Futteral und Geschmeide. Auf den Verkauf von Inhaberpapieren kommen, soweit das in ihnen bekundete Recht in Frage steht, die Grundsätze über den Forderungskauf in Anwendung. Die Nichtexistenz einer verkauften Forderung aber wurde von den römischen Juristen als ein rechtlicher Mangel angesehen. Ihr Verkauf ist gültig, der Verkäufer haftet aber nach den Grundsätzen der Eviktion auf das von Kaufpreis und Nominalwerth der Forderung unabhängige Erfüllungsinteresse. Durch die Kraftloserklärung des Papiers wird dasselbe in das sachliche Moment — das Papier — und das ideelle — das Forderungsrecht — getrennt. Der Verkäufer des kraftlos erklärten Papiers ist der Verkäufer eines fremden Forderungsrechts, — ein Fall ähnlich dem des Verkäufers einer fremden Erbschaft. Der Verkäufer eines noch im Aufgebotsverfahren befindlichen Papiers ist zur Zurücknahme desselben oder Erstattung des Minderwerthes durch die ädilicischen Rechtsmittel gehalten. Der Schaden, welcher durch die Amortisation des bereits beim Kaufabschluß aufgebotenen, demnächst für

Digitized by Google

kraftlos erklärten Papiers entstanden ist, ist vom Verkäufer zu tragen, außer wenn der Käufer ein Bankier ist. Bezüglich der Haftung aus den vor der Emission an Dritte gelangten Inhaberpapieren ist eine einheitliche Lösung de lege lata nicht möglich. De lege ferenda aber ist die Haftung des Ausstellers als dem Rechtsbewußtsein und der Billigkeit entsprechend zu statuiren. Darin stimmt Referent bei, allein nicht deshalb, weil fast immer ein Verschulden des Ausstellers bei dem Verlust oder der Entfremdung vorliegt — das ist einmal eine völlig unbeweisbare Behauptung, zum Andern aber vermag dies in den Fällen nachweisbarer Schuldlosigkeit des Ausstellers dessen Haftung nicht zu erklären —; der Grund der Haftung des Ausstellers beruht vielmehr in jenem Satze, welcher einen der privatrechtlichen Durchbruchspunkte der ausgleichenden Gerechtigkeit — man wäre versucht zu sagen: cuius commodum, eius periculum esse debet — darstellt: wer für eigene Zwecke die Rechtsmaschinerie in Bewegung setzt, ist auch der Nächste dazu, den durch deren Bewegung verursachten Nachtheil Dritter wett zu machen. Ebensowenig dürfte die Behauptung schlechthin Beifall finden, daß der Käufer eines Inhaberpapiers mit Außerkurssetzungsvermerk in dolo versire, wenn er behauptet, den Vermerk nicht gesehen zu haben. Ausländische, nicht gestempelte Inhaberpapiere erachtet Verfasser als res extra commercium, — man könnte deutsch vielleicht sagen: Sachen unter Verkehrsbann. Die Ihering'sche culpa in contrahendo als Grund der Haftung für das negative Vertragsinteresse will Verfasser durch eine obligatio e contrahendo ersetzen und diese Obligation auf den Satz gründen: Wer eine Leistung gegen eine Gegenleistung verspricht, soll ihrer Ausführbarkeit sicher sein. Das Familienrecht ist durch eine einzige, freilich eine überaus dankenswerthe Arbeit vertreten: F. Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß einschließlich Ehenichtigkeit und Eheungültigkeit im Geltungsgebiet des Preußischen Landrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (1893, Berlin, H. W. Müller, VI u. 233 S.). Die Arbeit will der Ausübung des Richteramtes, welchem im Ehescheidungsprozeß eine ebenso hohe und wichtige, wie durch die Zersplitterung und Wandelung des Rechtsstoffes erschwerte Aufgabe zugewiesen ist, eine Erleichterung gewähren. Zu diesem Behuf bietet der Verfasser eine übersichtliche Darstellung des gesammten materiellen wie formellen Ehescheidungsrechtes, sowie der Ehenichtigkeit und der Eheungültigkeit unter wohl erschöpfender Benutzung des in der Rechtsprechung des Reichsgerichts niedergelegten werthvollen Materials. Der Entwurf des bürgerlichen Rechts ist gehörigen Orts berücksichtigt und gewürdigt. Von den die Praxis beschäftigenden erheblicheren Fragen ist kaum eine unbeantwortet geblieben; die ertheilten Antworten sind durchgängig beifallswürdig, die Darstellung klar, die Anordnung durchsichtig. Die Arbeit wird ihren Weg machen. Ein in der Theorie hart umstrittenes, in der Praxis selten verwerthetes „rudimentäres" Organ am Rechtskörper weist Oskar Cohn in der Quasipupillarsubstitution auf (1892, Berlin, Mayer und Müller, XI u. 78 S.). Dieselbe ist

Digitized by Google

ein Testament des Geisteskranken, errichtet von seinem nächsten Ascendenten, bedingt durch den Erwerb der Erbschaft jenes Ascendenten von Seiten des Geisteskranken; die Ascendentenerbschaft gilt aber als dem Geisteskranken erworben, wenn der Kurator die bonorum possessio erlangt hat. Die Quasipupillarsubstitution wird in der Form eines Testamentes des Ascendenten angeordnet, welches dem Geisteskranken den Pflichttheil zu gewähren hat; einem Enterbten kann daher nicht quasipupillariter substituirt werden. Die Notherben des Geisteskranken brauchen nicht berücksichtigt zu werden. Die Quasipupillarsubstitution behält als Pupillarsubstitution — bei Unmündigkeit des Geisteskranken zur Zeit des Erlöschens der ersteren — Bestand. Ein arrogirter oder adoptirter Geisteskranker unterliegt der Substitution seitens seiner natürlichen Ascendenz, wie seines erworbenen Vaters bezw. Mutter. Gegenüber dem minus plene adoptatus hat nur die natürliche Ascendenz das Substitutionsrecht. Der Geisteskranke, für welchen das Testament errichtet wird, muß dauernd — ohne lichte Zwischenräume — unfähig sein zu rechtlichem Wollen. Die Quasipupillarsubstitution ergreift lediglich das dem Geisteskranken von dem Substituenten hinterlassene Vermögen. Die Geburt eines Notherben läßt die Substitution unberührt. Der Entwurf des bürgerlichen Rechts beseitigt das ganze Institut, sein Zweck ist durch §. 1806 Entw. zu erreichen. Der wahre und berechtigte Inhalt der Quasipupillarsubstitution ist dem Entwurf danach nicht verloren gegangen, aber, was bisher als singuläres Recht störend hervorragte, nunmehr gemeinem Recht harmonisch eingefügt. Auf dem Gebiet des Arbeiterversicherungsrechts liegt der große Kommentar des Reichsgesetzes, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung von R. Bosse und E. v. Woedtke (1891, Leipzig, Duncker und Humblot, 1. bis 3. Auflage, 1. Band XIV und 371 S., 2. Band 479 S.), dessen erste Lieferung in diesem Archiv Bd. 5 S. 136 angezeigt ist, abgeschlossen vor. Derselbe ist eine reiche Fundgrube für die noch völlig unausgebaute Theorie und für die praktische Handhabung des Gesetzes und das bedeutendste der zahlreichen Kommentarienwerke, welche das neue Rechtsgebiet bisher gezeitigt hat. Was der Hahn'sche Kommentar für das Handelsrecht, der Gaupp'sche für das Civilprozeßrecht, der Loewe'sche für den Strafprozeß, das ist der vorliegende für das Arbeiterversicherungsrecht, eine mit absoluter Beherrschung und Durchdringung der schwierigen Materie ausgeführte Gesetzeserläuterung. Die bei der Neuheit der ganzen Materie besonders zahlreichen Zweifelfragen sind eingehend besprochen, eine Fülle von Interpretationsmaterial zusammengetragen. Die Darstellung ist ein Muster von schlichter Klarheit und Durchsichtigkeit. Die Einleitung schildert den Entstehungsgang des Gesetzes. Als Anhang ist das gesammte für die Anwendung des Gesetzes wichtige Verordnungs- und sonstige Material beigegeben. Ein ausführliches Sachregister erleichtert der Praxis die Benutzung des für sie kaum entbehrlichen Werkes. Aber nicht nur jener, auch der Theorie, welche sich nach einem energischen Anlauf zur Bearbeitung des neuen, fruchtbaren Rechtsgebietes seit Längerem auffallend zurückhaltend beweist, wird, nachdem solch aus mancherlei Gründen erklärlicher,

Digitized by Google

wenn auch bedauerlicher Bann gebrochen sein wird, der Kommentar reiche Anregung und werthvolle Ausbeute gewähren. Hier ist ein Gebiet, auf welchem es noch eine Fülle interessanten Arbeitsmaterials giebt, dessen Bearbeitung mehr innere Befriedigung gewähren, mehr Segen zu stiften vermöchte, als die Jagd nach allen möglichen und unmöglichen — dieselben übrigens sonst in allen Ehren — Rechtsantiquitäten. Hoffentlich erweckt das Werk mit der Freude an der Materie auch die Freude an der Mitarbeit zu ihrer geistigen Durchdringung, ihrer wissenschaftlichen Ausgestaltung. Der trefflichste Grund dazu ist in ihm gelegt. Eine interessante Frage aus den interessanten Grenzgebieten zwischen materiellem und Privatrecht behandelt A. Schultze, Die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen die Rechtsnachfolger (1891, Breslau, W. Köbner, VI u. 154 S.). Die §§. 665 ff. C.-P.-O. betreffen nur die Vollstreckbarkeit, nicht die übrigen Wirkungen der Urtheile. Der Eintritt der letzteren ist nicht durch das Vorhandensein der von der C.-P.-O. für den Beginn der Zwangsvollstreckung aufgestellten Voraussetzungen bedingt. Der Kreis der Aktiv- und Passivinteressenten des Urtheils bestimmt sich nach Landesrecht. Nur im Fall des Todes einer Partei nach Erlaß des Urtheils erstreckt sich die Vollstreckbarkeit regelmäßig auf die Erben. Eine auf obligatorisches Recht gestützte Klage auf Herausgabe einer Sache macht die letztere nicht zur streitbefangenen. Die Uebereignung des Gesammtvermögens seitens des Beklagten während oder nach Anhängigmachung eines gegen denselben wegen einer persönlichen Geldschuld angestrengten Rechtsstreites fällt nicht unter die in §. 665 C.-P.-O. gedachte Veräußerung einer in Streit befangenen Sache. Damit eine Sache im Sinne der genannten Bestimmung als streitbefangen zu erachten, ist erforderlich: 1. der geltend gemachte Anspruch muß sich auf eine individuelle Sache richten; 2. derselbe muß unter den gleichen Voraussetzungen und in der gleichen Weise wie gegen den Schuldner, so auch gegen dessen Successor — lediglich auf Grund des gegen jenen vorliegenden konkreten Thatbestandes plus Rechtsnachfolge — wirksam sein. Der fragliche Theil des §. 665 wäre besser dahin zu fassen, daß die vollstreckbare Ausfertigung gegen den Rechtsnachfolger ertheilt werden könne, welcher in Ansehung derjenigen bestimmten Sache, wegen deren erkannt worden, während der Rechtshängigkeit oder nach Beendigung des Rechtsstreites an die Stelle des Schuldners getreten ist. Unter Veräußerung im Sinne dieser Norm ist jede Disposition über die streitbefangene Sache zu verstehen, wodurch diese oder ein dingliches Recht an derselben oder die bloße Innehabung derselben im Widerspruch mit dem durch das Urtheil vollstreckbar gewordenen Recht des Gläubigers einem Dritten zugeführt wird. Die auf der Unterwerfungserklärung beruhende Zulässigkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung aus den sog. exekutorischen Urkunden ist nicht eine Eigenschaft des beurkundeten Anspruchs, sondern ein außerhalb derselben liegendes, den Sondernachfolger nicht bindendes Nebenrecht. Die Vergleiche aus §. 702 Nr. 1 und 2 C.-P.-O. hingegen sind auch gegen die Sondernachfolger, an welche die Streitsache veräußert ist, vollstreckbar. Der Empfänger eines ganzen Vermögens, der Geschäftserwerber,

Digitized by Google

die gütergemeinschaftlichen Eheleute gegenüber einem wider die Ehefrau erwirkten Titel, die Ehefrau nach Auflösung der Gütergemeinschaft gegenüber einem den Ehemann der Vollstreckung in das Gesammtgut unterwerfenden Titel, der den ususfructus maritalis erwerbende Ehemann sind als Rechtsnachfolger anzusehen, an welche die in Streit befangene Sache veräußert ist, und es darf daher gegen sie die vollstreckbare Ausfertigung im Sinne des §. 665 C.-P.-O. ertheilt werden. Von Einzelheiten sei etwa noch erwähnt die gegen das Reichsgericht sich wendende Behauptung, daß die Vollstreckbarkeit nur eine Rechtskraftswirkung, nicht die Rechtskraft sei. Die bezügliche Bestimmung des Art. 11 E.-G. zum bürgerlichen Gesetzbuch-Entwurf wird im Interesse der Deutlichkeit zur Annahme empfohlen, wenn sie auch nichts einschlägiges Neues enthalte. Auf eine vermeintliche formelle Omission des Entwurfes des Einführungsgesetzes, von welcher es jedoch dem Referenten zweifelhaft ist, ob sie auch sachlich sich als solche darstellen möchte und sich nicht vielmehr eine verständige Praxis zur Eröffnung des Urkundenprozesses, des Mahnverfahrens aus der vollstreckbaren Urkunde für s. g. dingliche Forderungen auch ohne eine dies besonders anordnende Norm verstehen möchte, zumal dieselbe dabei von der Auffassung des Lebens, welches den Eigenthümer des Grundstücks als Schuldner bezeichnet, getragen wird, (Motive zum Entwurf III. 676) weist der Verfasser (S. 109 Anm. 8) hin. Die Motive stellen eine solche Norm übrigens garnicht in Aussicht, versprechen vielmehr bloß die Erwägung einer solchen Norm bei der Berathung des Einführungsgesetzes. Ihr Fehlen stellt einen sachlichen Mangel nicht dar. Das Partikularrecht ist zuvörderst durch zwei werthvolle Abhandlungen aus dem preußischen Grundbuchrecht über die Verbindung von Grund- und Steuerbuch vertreten: A. Neumann, Die Verbindung des Grundbuches mit dem Steuerbuch (1893, Berlin, Franz Vahlen, 129 S.) und B. Koppers, Die Verbindung des Grundbuches mit der Katasterkarte (1892, ebenda, 63 S.). Beide Arbeiten bringen die ebenso verworrene, wie wichtige Materie zu klarer Darstellung. Das Kataster mit seinen zahlreichen Irrthümern bildet das trotzdem unentbehrliche Fundament der Grundbücher. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs wird dann auf die dem Steuerbuch entnommenen Angaben über Lage und Größe zur Ausmittelung des realen Bestandes des Grundstücks mit erstreckt und damit die Gefahr materieller Rechtskränkung auf einem Gebiet nahe gelegt, auf welchem das Bewußtsein einer solchen erfahrungsgemäß am tiefsten packt und am bittersten nagt. Die Neumann'sche Abhandlung behandelt das Verfahren (Umfang der Katasterangaben im Grundbuch, Form der Eintragungen im Titelblatt, die Bearbeitung der Steuerbuchsanhänge) und die materielle Wirkung der Eintragungen im Titelblatt. Gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts, nach welcher durch Auflassung an der irrthümlich eingetragenen Fläche Eigenthum erworben wird, wird als das Rechtsbewußtsein verletzend und die Rechtszustände verwirrend heftig polemisirt und von dem zukünftigen Reichscivilrecht eine mit rückwirkender Kraft auszustattende Bestimmung gefordert, daß Irrthümer des Katasters (Flurbuchs) keine materiell-rechtliche Wirkung haben,

Digitized by Google

Koppers bespricht nach einem Blick auf den älteren Rechtszustand zunächst den Einfluß der Auflassung, alsdann die Zukunft. Die Spezialisirung der Grundstücke und die Vereinigung der Grundstücke eines und desselben Eigenthümers auf einem Folium, insbesondere wenn sie gemeinschaftlich belastet werden, wird sich immer mehr Bahn brechen. Das westphälische Grundbuchblatt empfehle sich als durch seine zweckmäßige Einrichtung der Gefahr der Verwirrung vorbeugend. Das neue Reichsrecht sollte auch die äußere Einrichtung der Grundbücher nicht der partikularrechtlichen Regelung überlassen. Beide Arbeiten schaffen auf einem in Folge seiner Grenzlage vielfach verdunkelten Rechtsgebiete wünschenswerthe Klarheit in einer die Sprödigkeit des Stoffes fast völlig vergessen machenden Darstellung. Das preußische Wegerecht hat eine klare Bearbeitung seiner dogmatisch und rechtsgeschichtlich interessantesten Momente erfahren durch F. Schultz, Zum Preußischen Wegerecht (1893, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 201 S.). Verfasser bespricht nach einer Grundlegung die Oeffentlichkeit der Wege, die Interessentenwege und Rechtsgeschichtliches, giebt dann eine systematische Zusammenstellung der das materielle Wegerecht betreffenden Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts und schließt mit dem Entwurf einer neuen Wegeordnung nebst Motiven. Als öffentlich sind diejenigen Wege zu erachten, welche dem gemeinen Verkehr nicht kraft Privatrechts entzogen werden können. Die Präsumtion spricht für die Eigenschaft eines Weges als Privatweg. Interessentenwege sind solche Wege, welche lediglich den Zwecken bestimmter benachbarter Grundstücke dienen. Die rechtliche Beurtheilung vorlandrechtlicher Interessentenwege ist nach einem niemals fehlenden — wenn auch formlosen — Vertrag, dessen Inhalt aus der langjährigen, gleichmäßigen Uebung zu entnehmen ist, die rechtliche Beurtheilung jüngerer Interessentenwege mangels eines formell giltigen Vertrages aus der Verjährung bezw. Ersitzung zu schöpfen. Die servitutischen Wegebenutzungsrechte können auch nach dem Inkrafttreten der preußischen Grundbuchgesetzgebung auf Ersitzung gegründet werden. Ueber das Eigenthum am Wegefundus entscheiden die Umstände des konkreten Falles. Die Vermuthung spricht bei den zwischen Interessentengrundstücken laufenden Wegen für condominium pro partibus divisis, bei anderen Wegestrecken für condominium pro partibus indivisis. Die Rechte der Interessenten stellen sich als servitutische, die Pflichten auf Wegebau als Reallast dar. Die Miteigenthumsquoten der Interessenten richten sich nach der Größe ihrer Grundstücke und erstrecken sich bis zur Mittellinie des Weges. Die schon seit dem Jahre 1808 schwebenden Verhandlungen für eine durchgreifende Reform der Wegebaugesetze für das ganze Staatsgebiet scheinen aufgegeben zu sein und nur noch an eine provinzielle Regelung der Materie gedacht zu werden. Die von dem Verfasser vorgeschlagene neue Wegeordnung unterscheidet nur Gemeindewege und die über den Lokalverkehr in der Gemeinde hinausgehenden Provinzialstraßen (Verkehrsstraßen); letztere sind sämmtlich — daher die Wahl des Namens — den Provinzen zu überweisen, da die Einzelgemeinde regelmäßig schlechter und theurer bauen wird wie eine größere Korporation. Alle aktiven und passiven Wegebaurechte und Pflichten Privater haben fortzufallen; selbstverständlich sind

Digitized by Google

alsdann gegebenen Falls Entschädigungen zu gewähren. Das österreichische Recht ist durch eine umfassende und gründliche Bearbeitung seiner Irrthumslehre vertreten: Emil Pfersche, Die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts mit Berücksichtigung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1891, Graz, Leuschner und Lubowsky, IX u. 342 S.). Die Irrthumslehre des österreichischen Gesetzbuches ist weder auf dem „Willensdogma" aufgebaut, noch liegt ihr die Erklärungstheorie zu Grunde. Jede Willenserklärung wird nach ihrer objektiven Bedeutung aufgefaßt und bringt die dieser Bedeutung entsprechenden normalen Wirkungen hervor; eine abweichende subjektive Auffassung des Erklärenden kann nur ausnahmsweise zur Geltung gebracht werden. Es werden ferner die den Geschäftsinhalt bildenden Theile der Willenserklärung von deren übrigen Theilen (Motiv, Voraussetzung) geschieden. Letztwillige Verfügungen und Schenkungen können von einem Interessenten bestritten werden durch Nachweis des den Geschäftsinhalt betreffenden Irrthums; anderweiter Irrthum wird nur berücksichtigt, wenn außer ihm noch des Ferneren nachgewiesen wird, daß ohne den Irrthum die Verfügung nicht getroffen worden wäre. Bei obligatorischen Verträgen kann sich der Erklärende nur dann auf einen Irrthum berufen, wenn der Irrthum einen Geschäftspunkt betrifft und von dem Gegner veranlaßt ist oder von ihm erkannt werden konnte. Bei sachenrechtlichen Verträgen, welche einen giltigen Titel zu ihrer Rechtsbeständigkeit erfordern, zerreißt ein hierbei unterlaufender Irrthum den Zusammenhang zwischen dem sachenrechtlichen Vertrag und der causa. In diesen Fällen bildet aber eben deswegen nicht der Irrthum als solcher die Grundlage für die Aufrufung des Geschäftes; auf die Art des Irrthums kommt hier daher auch nichts an. Bei den Gelegenheitsbestellungen des täglichen Lebens gilt ein Rücktrittsrecht aus rücksichtswürdigen Gründen — wozu insbesondere ein Irrthum bei der Bestellung gehört — als bedungen. Beim Ladenkauf ist ein Austausch des Kaufobjekts aus plausiblen Gründen, wohin auch der Irrthum gehört, in angemessener Frist gestattet. Viel wird darauf ankommen, ob ein Geschäft dem allgemeinen, namentlich dem Handelsverkehr angehört oder unter Privaten „unter der Hand" geschlossen wird. Derjenige, welcher Geschäfte bestimmter Art gewerbsmäßig oder doch in größerer Zahl mit dem Publikum abzuschließen bereit ist, muß dem einzelnen Kontrahenten gegenüber eine größere Berücksichtigung erfahren. Das heißt: einen Theil des Geschäftsrisikos hat das Publikum dem Geschäftsmanne abzunehmen. De lege ferenda fordert Verfasser, daß die Irrthumslehre von dem Grundsatz der Auslegung der Willenserklärung in objektivem Sinn beherrscht sei, daß die Bestreitung des Rechtsbestandes der Erklärung nicht in allen Fällen der Divergenz von Erklärung und Absicht und jedenfalls nur dem Irrenden, nicht dem Gegner eröffnet werde, sowie daß der erstere den etwaigen Schaden zu ersetzen habe; die Einzelheiten aber seien nach den Erfordernissen des Verkehrs und der bona fides zu ordnen. Ob die gesetzliche Formulirung von dem durch zahlreiche Ausnahmen beschränkten Willensdogma oder von der „Erklärungstheorie" ausgeht, wird für weniger erheblich erachtet, letztere ist mindestens

Digitized by Google

ebensogut für die Gestaltung des modernen Rechtes zu verwerthen wie erstere. Bezüglich des Entwurfes des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches wird die Einordnung der Irrthumsregeln in den allgemeinen Theil und ihre Einheitlichkeit für alle Willenserklärungen mißbilligt. Die Verkehrsgeschäfte, die sachenrechtlichen Geschäfte und die Schenkungen müssen verschiedenen Regeln bezüglich des Einflusses des Irrthums unterworfen werden. Die Unterscheidung zwischen empfangsbedürftigen und anderen Erklärungen wird als unnützer Ballast erachtet. Eine Gesetzgebung, welche bei der Tradition das Erforderniß des gültigen Titels aufstellt, braucht für dieselbe keine besonderen Irrthumsregeln. Der Entwurf, welcher bei Mangel der causa nur eine obligatorische Anfechtung der sachenrechtlichen Geschäfte zuläßt, muß die Geltendmachung des Irrthums in vollem Umfange und ohne die erschwerenden Bedingungen des §. 99 Entwurf zulassen; seine gegenwärtigen Bestimmungen sind unannehmbar. Hingegen werden die Bestimmungen des Entwurfes über den Einfluß des Irrthums auf die Giltigkeit der Ehe und bei letztwilligen Verfügungen gebilligt. Die umfangreiche Arbeit, welche mancherlei Widerspruch hervorruft, bietet eine Menge interessanter Einzelheiten. Eine ausschließlich praktischen Zwecken bestimmte Arbeit desselben Verfassers über das gewerbliche Arbeitsverhältniß nach österreichischem Recht mit Einschluß der Unfall- und Krankenversicherung der Arbeiter (1892, Wien, Manzsche Buchhandlung, IV und 160 S.) hilft dem Bedürfniß nach einer zuverlässigen und gemeinverständlichen Darstellung der einschlägigen Rechtsverhältnisse ab. L. Schiffner behandelt den Vermächtnißvertrag nach österreichischem Recht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, wie der neueren Kodifikationen und Entwürfe, insbesondere auch des deutschen Entwurfs (1891, Leipzig, Duncker und Humblot, XII und 130 S.). Die Redaktoren des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches hatten nicht die Absicht, den Vermächtnißvertrag, „theilweisen Erbvertrag", wie sie ihn nannten, zu beseitigen; in dem viel umfassenden §. 956 des Gesetzbuches hat derselbe sogar seine gesetzliche Anerkennung gefunden. Verfasser stellt sich nun die Aufgabe, denselben nach den wichtigeren Momenten — insbesondere im Gegensatze zum Erbeinsetzungsvertrage — auszugestalten. Der Vermächtnißvertrag ist ein vertragsmäßiges, bindendes Vermächtniß, ein Vertrag, welcher die bindende Zuwendung eines Vermächtnisses enthält. Er kann selbständig oder unselbständig, einseitig oder zweiseitig — wenn darin jeder Vertragstheil ein ihn bindendes Vermächtniß zuwendet — sein. Auch ein Prälegatsvertrag ist zulässig, ebenso Vermächtnißverträge zu Gunsten Dritter. Der Bedachte erhält eine ihm nicht mehr durch einseitige letztwillige Verfügung vereitelbare Anwartschaft. Die Ungiltigkeitsgründe des Vermächtnißvertrages sind im Wesentlichen dieselben wie beim Erbeinsetzungsvertrag, dessen Regeln er auch bezüglich der Frage der Konversion unterliegt. Die Entwurfsliteratur, d. h. diejenige, die nicht nur gelegentlich bei Erledigung einer anderweiten Aufgabe, sondern bestimmungsgemäß zu unserem großen Gesetzeswerk Stellung nimmt, ist zunächst vertreten durch einen „Nothruf für deutsches Recht". Derselbe wird von G. Pfizer ausgestoßen: Wort und That (1892, Leipzig, Otto Wigand, 120 S.). Die Beurtheilung, welche der

Digitized by Google

Entwurf erfährt, ist — wie der Titel erkennen läßt — eine ungünstige. Allein trotz dieser Vorbereitung des Lesers durch die Titelfassung auf das, was er zu erwarten hat, will die Verwunderung darüber kein Ende nehmen, was der „Nothruf" demselben in Wirklichkeit bietet. Die Arbeit ist ein Seitenstück von des Verfassers in diesem Archiv Bd. 7 S. 187 besprochenen „Anti-Seuffert". Gegenüber Aufstellungen, wie, daß nur rabulistische Advokaten, Wucherer und Spekulanten an dem Entwurf ihre Freude haben können, gegenüber den formell wie inhaltlich gleich ausschreitenden Vorwürfen, welche sich an die Adresse des Reichsgerichts und an die oberste Landesjustizbehörde wenden, giebt es nichts Anderes, als sie niedriger zu hängen: es ist eine jener literarischen Leistungen, die sich selbst überschlagen und dabei verbluten. Ganz anders stellt sich zu dem Entwurf M. Scherer in seiner werthvollen Besprechung des Entwurfs unseres bürgerlichen Gesetzbuches mit Gegenvorschlägen (1891, Mannheim, J. Bensheimer). Im Großen und Ganzen stellt sich der Verfasser auf den Boden des Entwurfs; nur das Ehe- und Erbrecht wünscht er völlig umgearbeitet und auf germanischen Rechtsprinzipien aufgebaut, weil davon die Erhaltung und Vermehrung des Mittelstandes zu erhoffen sei. Mit Recht ist insbesondere das römische Individualeigenthum beibehalten worden als Hebel für die Erweckung des Erwerbsfleißes, der Mutter der Erfindungen, des Förderers der Kultur. Der Verfasser fordert die Ausmerzung aller Bestimmungen des Entwurfs, welche die Regelung einzelner Fragen dem Landesrechte überlassen. An Stelle des §. 62 Entwurf sind Bestimmungen zu setzen, welche sich den §§. 1716—1719 des schweizerischen Obligationenrechts anschließen. Der Staat ist für principaliter haftbar bezüglich des Verschuldens seiner Beamten und Bediensteten zu erklären; ob der Staat ein Rückgriffsrecht gegen den Schuldhaften hat, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. Es ist eine den Art. 1382, 1383 Code civil entsprechende Bestimmung über den Schadensersatz aufzunehmen. Im Hinblick auf die neuere Arbeiterschutzgesetzgebung wird die Aufnahme von Bestimmungen empfohlen, welche das Interesse der Arbeitgeber insbesondere bei Streiks im Auge haben; vor Allem müßte hier freilich das Strafrecht eingreifen. Der durch die Vollziehung einer — später aufgehobenen — einstweiligen Verfügung, eines Arrestes, eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils entstandene Schaden ist von dem Extrahenten dem Gegner zu ersetzen. Strafgedinge können nicht das doppelte Interesse übersteigen. Bezüglich der Viehmängel ist der Standpunkt des preußischen Landrechts einzunehmen. Für freiwillige Verkäufe von Immobilien ist der Grundsatz „Heuer vor Kauf" anzunehmen. Die Zeitgeschäfte (Börsengeschäfte) werden als Spiel betrachtet. Der Richter ist berechtigt, einen offenbar zu hohen Ehemaklerlohn zu ermäßigen. Der Bruch des Eheversprechens begründet die Pflicht zum Ersatz des materiellen, wie moralischen Schadens. Die Ersatzsumme ist nicht prozentual nach dem Vermögen des schuldigen Verlobten, sondern nach freiem Ermessen festzusetzen. Für das Vermögen der Ehefrau wird Schutz gegenüber den Gläubigern des Mannes gefordert. Als gesetzliches Eherecht ist die Errungenschaftsgemeinschaft zu statuiren. Ueber den zwölften Grad Verwandte sind nicht erbberechtigt. Die Form der letztwilligen Ver-

Digitized by Google

fügungen ist zu vereinfachen und zu vereinheitlichen, das eigenhändige Testament zuzulassen. Erbverträge sind nur in den Ehepakten statthaft. Für die Erbauseinandersetzung sind die Bestimmungen des rheinpreußischen Gesetzes vom 22. Mai 1887 anzunehmen. Statt der preußischen wünscht der Verfasser die badische Grundbuchordnung als Grundlage des Entwurfes, dieselbe gewährt dem Kapitalisten den erforderlichen Schutz, ohne das materielle Recht vollständig zu unterdrücken. In den Gebieten mit Parzellenwirthschaft ist das Mindestgebot nicht einzuführen. Neben dem Reichs-Civilgesetzbuch haben nur diejenigen Landesgesetze civilrechtlichen Inhalts Geltung, welche in dem Einführungsgesetz ausdrücklich bezeichnet sind. Das Gesetzbuch hat in fünf Jahren in Kraft zu treten; eine höchstens viergliedrige Kommission hat unter Berücksichtigung der Kritiken den Entwurf binnen etwa Jahresfrist in der Weise herzustellen, wie derselbe dem Reichstag vorzulegen ist, abschnittsweise Vorlage, Durchberathung und Publikation des Entwurfs (vgl. hierzu meine kritischen Erörterungen zum Entwurf S. 198/205). Wir schließen unsere Rundschau mit einem kurzen Hinweis auf eine interessante legislative Vorarbeit von M. Drioux, Réforme de la législation en matière de vagabondance et de mendicité (1892, Orléans, Georges Jacob, 32 S.), deren Materie eine Besprechung an dieser Stelle ausschließt, auf die ausschließlich rechtsgeschichtliche Abhandlung von F. Kniep) Praescriptio und Pactum (1891, Jena, Gustav Fischer VIII u. 182 S.), welche zu dem Ergebniß gelangt, daß der Grundgedanke der Klage mit praescriptio Geltendmachung eines Paktum mittels Worten ist, die einer intentio vorgesetzt wurden, auf die anregenden Vorträge von L. R. von Salis, Die Religionsfreiheit in der Praxis (1892, Bern, K. J. Wys, 43 S.), und von Goetze, Der Eid und seine Behandlung (1892, Halle, A. Kegel, J. Fricks Sortiment, 26 S.) mit der berechtigten Forderung des Nacheides und der verständlicheren Formulirung der Eidesnorm, sowie der ferneren Forderung des Ersatzes des Parteieides durch die eidliche Zeugenvernehmung der Partei, eine Forderung, in welcher der Verfasser zusammentrifft mit O. Franckel, Ein Vorschlag für die Neugestaltung des Civilprozesses in Oesterreich (1892, Wien, Manz'sche Hof-Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 76 S.). Die Abhandlung erklärt sich in unzureichender Begründung gegen die Beibehaltung der Verhandlungsmaxime. Eine Gesetzgebung, welche neben der freien, durch die mündliche Verhandlung den Parteien ermöglichten Bewegung die richterliche Fragepflicht angemessen ausgestaltet, und eine Praxis, welche die ihr dadurch eröffnete Aufgabe verständniß- und liebevoll erfüllt, wird einer Beseitigung der Verhandlungsmaxime nicht bedürfen, um Segensreiches zu stiften. Die Praxis der deutschen Gerichte liefert dafür den überzeugendsten Beweis. Fehlt aber jenes Verständniß, jene liebevolle Hingabe an den Beruf, so wird keine Ausgestaltung des Prozesses die dadurch erwachsende Schädigung des Rechtslebens wett zu machen vermögen. Und diese Schädigung würde dann noch potenzirt durch die gesetzliche Statuirung eines dem Wesen des bürgerlichen Rechtsganges schnurstracks zuwiderlaufenden Grundsatzes.

Digitized by Google

I. Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten; die häufig wiederkehrenden eingeklammerten Zahlen und lateinischen Buchstaben beziehen sich auf die Paragraphen der in diesem Bande enthaltenen Gesetzentwürfe).

Abzahlungsgeschäft, rechtliche Natur 177; — Vorschläge für gesetzliche Regelung des A. 177, 178.

Actio communi dividundo 244.
— confessoria 247.
— de tigno juncto, rechtliche Natur 242.
— ex mutuo 266.
— familiae herciscundae 244.
— finium regundorum 244.
— hypothecaria, rechtliche Natur 241.
— in personam s. Haftklage.
— in rem s. Sachklage.
— negatoria 247.
— Pauliana, rechtliche Natur 242.
— quod metus causa 286.

Adjudikation bei Sachklagen 248. — Römische und griechische Auffassung des Eigenthumsbegriffs bei der Lehre von der A. 318.

Advokat, Eigenthum an der Korrespondenz mit dem A. 100; — rechtlicher Schutz der Indiskretion des A. in Briefsachen 104.

Agere contra legem und in fraudem legis. s. Sicherheitsübereignungen (unter II.)

Amtsgericht, Mitwirkung bei Feststellung eines durch Unfall einem versicherten Gegenstande zugefügten Schadens 14 und 51 (38).

Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte 287.

Antragsrecht bei widerrechtlicher Brieferöffnung 126 und 139.

Arzt, rechtlicher Schutz der Indiskretion des A. in Briefsachen 104.

Bauunfallversicherungsgesetz vom 11. Juli 1887, Einfluß desselben auf die Rechte und Pflichten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde 162; insbes. auf die Krankenfürsorge des Gesindes 167; desgl. die Unfallfürsorge 167.

Beweismittel, inwieweit Briefe als solche zulässig 111 und 130, — insbes. in Ehescheidungssachen 136.

Briefe, Recht an B. 94 ff. Recht am körperlichen Substrate 94, — insbes. Eigenthumsübertragung und -erwerb 95, — Vererbung 96, — Eigenthumserwerb in Fällen, wo ein Repräsentationsverhältniß vorliegt 97 ff.; — Begriff und Wesen des B. 101; — Unterschied des postalischen Begriffs vom Begriffe des Briefs als Vertrauensbrief 102; — Vertrauensverletzung an B. 103 ff., — insbes. durch den Schreiber des Briefes 103, — durch Indiskretion des Empfängers 104, — durch Publikation 105; — Zulässigkeit der Vertrauensverletzung im Falle der Selbstvertheidigung 108; — Vertrauensverletzung durch öffentlichen Handel mit B. 108; — Befugniß des Empfängers und Dritter zur gerichtlichen Vorlegung von B. im Prozesse 111 und 130, — insbes. in Ehescheidungsprozessen 136; — Verpflichtung hierzu 113; — Vertrauensverletzung an B. durch Dritte 114; — widerrechtliche Eröffnung von B. 115; Erfordernisse des Thatbestandes einer solchen: Beschaffenheit des Briefverschlusses 115, — Widerrechtlichkeit 118; — Strafbestimmungen über widerrechtliche Eröffnung 120; — Vertrauensverletzung auf sonstige Weise 127 ff., — insbes. durch widerrechtliche Kenntnißnahme

Digitized by Google

vom Inhalte eines bereits erbrochenen Briefes 127, — durch unberechtigte Benutzung fremder B. 130; — Ausnahmen hiervon in Entmündigungs- und Ehescheidungssachen 132, 136; — Strafverfolgung der beiden letztgedachten Verletzungsarten 134; — Civilistische und prozessuale Rechtsmittel gegen Vertrauensverletzung an B. 130; — Zuläßigkeit der Stellvertretung im Brieferöffnungsrechte 138; — Uebertragung des Individualrechts an B. 140, insbes. bei Uebertragung eines Geschäfts mit Firma 140; — Verfahren bei Zweifeln über die Brieferöffnungsbefugniß 141; — Beschränkungen des Briefrechts, die auf familien- und privatrechtlicher Grundlage beruhen 141, — insbes. der in väterlicher Gewalt stehenden Kinder 142, — der Mündel 144, — der Patienten einer Irrenanstalt 144, — der Ehefrau 145, — nicht des Ehemanns 148; — Beschränkungen des Briefrechts im Strafprozesse und Konkurse 148.

Condictio s. Kondiktion.
Condictio certi 266.
Condictio ex injusta causa 284.
Condictio furtiva, rechtliche Natur 240; — besondere Fälle, wo eine solche gegeben 241 Anm. 5; — Gegenstand der c. f. 274; — Gestaltung der Klagformel 279.
Condictio indebiti 284.
Constitutum possessorium 212.

Ehemann, Brieferöffnungsrecht gegen die Ehefrau 145, — nicht umgekehrt 148.
Ehescheidung, gerichtliche Vorlegung von Briefen als Beweismittel in Prozessen wegen E. 136.
Eigenthum, Begriff 307, — Uebergang des E. 311, — Kritik des heutigen Eigenthumsbegriffs 329. — E. an Briefen 95, insbesondere Erwerb und Uebergang des E. an Briefen 95, — in Fällen, wo ein Repräsentationsverhältniß vorliegt 97; — E. an Notariatsurkunden 98, — desgl. an der Korrespondenz mit dem Makler und Advokaten 100.
Eigenthumsvorbehalt 214.
Eisenbahn, prinzipielle Nichthaftung der E. für fehlende oder mangelnde Verpackung 69; — Umfang der Transportpflicht der E. 70; — Ausnahmsweise Haftung der E. für Mängel oder Fehlen der Verpackung 72; — Ausweg, um dieser Haftung zu entgehen 73; — die Haftung cessirt bei arglistigem Verfahren auf Seiten des Absenders 80.
Eisenbahnfrachtverkehr s. Internationaler.
Eltern, Brieferöffnungsrecht der E. gegen ihre Kinder 142.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Pfandrecht an Rechten 81. — E. eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag 1 ff.: I. Allgemeine Bestimmungen 2 ff. (1—7), — II. Versicherung gegen Schaden 4 ff. (8—44), — III. Lebensversicherung 16 ff. (45—67), — IV. Schlußbestimmungen 22 ff. (68—72); — Leitende Gedanken des E. 28, — Anordnung des Stoffes 29.

Firma, Einfluß der Uebertragung einer F. auf das Individualrecht an Briefen 140.
Forderungen, Pfandrecht an diesen 90 (g), — insbesondere an Geldforderungen 91 (h Abs. 2. i, k); — s. auch Pfandrecht.
Forderungsrecht, Begriff und Wesen 319; — Verhältniß zum Eigenthum 320, — desgl. zur Hastklage 263.

Gerichtsstand für Klagen aus dem Versicherungsvertrage 23 und 62 (70).
Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Neuerungen des R.-Ges. vom 20. April 1892 356; — Rechtslage und Organisation 357; — Arten 358.
Gesetz, Handeln gegen das G. und zum Zwecke der Umgehung 216.
Gesinde, Rechte und Pflichten des G. gegen die Dienstherrschaft: die im Geltungsgebiete der Gesindeordnung vom 8. November 1810 geltenden Rechtssätze 162; — desgl. in anderen deutschen Bundesstaaten 163; — Einfluß der öffentlich-rechtlichen Versicherung und Arbeiterschutzgesetzgebung auf die bisherigen Rechtsgrundsätze 165 ff., — insbes. des In-

Digitized by Google

validitäts- und Altersversicherungsgesetzes 166, — des Krankenversicherungsgesetzes 166, — des Unfallversicherungsgesetzes 167; — Voraussetzungen der Unfallfürsorge des G. 168; — die hierfür geltenden Bestimmungen 171.

Haftklage, rechtliche Natur 255 ff.; — Begriff und Gegenstand 255; — Unterschied von der Sachklage 239 und 257; — Verhältniß des Begriffs der H. zum Begriffe der Obligation 258; — Begriff der Obligation insbes. mit Rücksicht auf die H. 258; — Verhältniß der H. zum Forderungsrechte 263; — die aus der Natur der H. sich ergebenden Rechtsbegriffe und Rechtsregeln 306.

Indiskretion an Briefen 103 ff.

Individualrecht ist Ursprung des Schutzrechtes gegen Bruch des Briefgeheimnisses 106; — rechtliche Konsequenzen dieses Satzes 138; — Uebertragung des J. an Briefen 140.

Inhaberpapiere, inwiefern Schaffung von J. im Rechtsleben freizugeben ist, insbes. mit Rücksicht auf die Versicherungspolice 17 und 55 (46—48). — Erforderniß der Verpfändung von J. 83 (b Nr. 1); — Befriedigung aus verpfändeten J. 88 (f Abs. 2); — Umfang der Verpfändung 92 (k).

Interdikte possessorische, rechtliche Natur 263.

Internationaler Eisenbahnfrachtverkehr, Uebereinkommen über denselben. Litteratur 367. — Insbesondere der Art. 9: Vorgeschichte 65, — Inhalt im Allgemeinen 68, im Einzelnen 70 ff.

Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz, Einfluß auf die bisherigen Bestimmungen über Versorgung des Gesindes 166.

Irrenanstalt, Befugniß des Vorstandes einer J. zur gerichtlichen Vorlegung von Briefen der Patienten 132; — Brieferöffnungsrecht des Vorstandes gegen die Patienten 144.

Juristische Personen, Befugniß zur Eröffnung von Briefen an diese 119.

Klage, Eintheilung der Klagen ohne Rücksicht auf den Gegenstand des geschützten Rechts 265, — s. auch actio, Sachklage, Haftklage.

Kondemnation bei Sachklagen, Möglichkeit 249, Zweck 250.

Kondiktionen, Einteilung der K. nach den Basiliken 266; — I. Vertragskondiktionen: Fälle derselben 266, — rechtliche Natur und Eigenthümlichkeiten 266; — II. K. aus der Tradition ohne Rechtsgrund: Sprachgebrauch 269, — Eigenthümlichkeiten 269, — rechtliche Natur 272, — Gegenstand 278, insbes. bei Diebstahl und Raub 274, in anderen Fällen 275, — Gestaltung der Klagformel 276, insbes. bei Diebstahl und Raub 279, — Frage, inwieweit diese K. gegen gutgläubige Dritte gehen 280, desgl. inwieweit überhaupt Verfügungen Dritter über die Sache gültig sind 281, — die für diese K. geltenden Rechtsgrundsätze 283, — die einzelnen Specialkondiktionen 284 ff., — K. bei vereiteltem Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes 288, insbes. eines Darlehnsvertrags 288 und eines Schenkungsvertrags 290; — III. K. aus dem Verbrauche einer fremden Sache im guten Glauben, insbes. die Geldrückforderungskondiktion 302.

Konkurs, Einfluß der Eröffnung des K. auf einen bestehenden Versicherungsvertrag 11 und 47 (29—31); — Eröffnung des K. über einen Lebensversicherungsbetrieb 22 und 60 f. (66). — Brieferöffnungsrecht des Staates im K. 148.

Krankenversicherungsgesetz, Einfluß desselben auf die bisherigen Bestimmungen über die Krankenversicherung des Gesindes 166.

Lebensversicherung s. Versicherungsvertrag unter III.

Legat, Konkurrenz der Sach- und Haftklagen bei dem L. 245.

Lex commissoria, Wesen des Verbots und Voraussetzungen seiner Anwendung 220.

Makler, Eigenthum an der Korrespondenz mit diesem 100.

Mobiliarhypothek, Wesen ihres Verbots 222.

Digitized by Google

Nachdruck; inwiefern der Eigenthümer eines nicht mehr geschützten Schriftwerks Anspruch auf Schutz gegen N. hat 150 ff. — s. auch Vervielfältigung.
Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte 287.
Notariatsurkunden, Eigenthum an ihnen 98.

Obligation, Verhältniß des Begriffs der O. zum Begriffe der Haftklage 258; — Begriff der O. nach griechischer, römischer und moderner Auffassung 258 ff.; — Wesen der O. 323; — Erforderniß einer causa 325; — Kritik des heutigen Begriffs der O. 330.
Okkupation 318.

Pfandrecht an Rechten nach dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich 81; — Abänderungsvorschläge 83 ff.: Gegenstand und Erfordernisse des P. 83 (a und b); — Wirkungen des P. 85 (c); — Verhältniß des P. zum Eigenthum 86 (d); — Umfang der Pfandhaftung 87 (e); — Voraussetzungen und Vollziehung des Pfandverkaufs 88 (f), insbes. von Inhaberpapieren 88 (f Abs. 2); — Insbesondere P. an Forderungen 90: Kündigungsrecht des Pfandschuldners 90 (g), — Kündigungs- und Einziehungsrecht des Pfandgläubigers 91 (h Abs. 1), — Rangordnung 91 (h Abs. 3); — Insbesondere Geldforderungen 91 (h Abs. 2), — Wirkungen der Einziehung 92 (i), — Umfang der Verpfändung 92 (k), — Befugnisse des Pfandgläubigers im Falle der Einziehung eines anderen Gegenstandes, als Geld 93 (l). — P. an einer gegen Unfall versicherten Sache: Rechte und Pflichten des Pfandgläubigers 15 und 53 (41 und 42); — P. an dem Anspruche aus einer Lebensversicherung: Rechte des Pfandgläubigers und Pflichten des Versicherers 21 und 59 (65). — Ersatzgeschäfte des P. 209 ff.
Police, Ausfertigung und Inhalt der P. bei Versicherungsverträgen 3 (5).
Postbeamte, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der P. für widerrechtliche Brieferöffnung 123 ff.
Präjudizialklagen, Uebertragung des Begriffs der actio in rem auf die P. 247.

Ratengeschäft s. Abzahlungsgeschäft.
Recht, Pfandrecht an Rechten 81. — R. an der Sache, Begriff 306.

Sachgesammtheiten, Umfang der Versicherung von S. 5 und 38 (14); — Berechnung des Schadensersatzes bei theilweisem Untergange versicherter S. 13 und 50 (87).
Sachklage, rechtliche Natur 238; — Unterschied von der Haftklage 239 und 257; — Fälle der S. 241 ff.; — Adjudikation bei einer S. 248; — Möglichkeit und Zweck der Kondemnation bei einer S. 249 f.; — Gegenstand der S. 254; — die aus der Natur der S. sich ergebenden Rechtsbegriffe und Rechtsregeln 306; — Kritik der heutigen Pandektentheorie der S. 327.
Schade, Versicherung gegen S.: s. Versicherungsvertrag unter II.
Selbstmord, Einfluß desselben auf den Verfall einer Lebensversicherung 21 und 59 (63).
Sicherheitsübereignungen 209 ff. I. Stand der Frage 209; — II. Handeln gegen das Gesetz und zum Zwecke der Umgehung: Begriffsmerkmale, Vorbedingungen und Unterschied der beiden Arten 216 ff.; — III. Verbot der lex commissoria und das sog. Verbot der Mobiliarhypothek: Voraussetzungen der Anwendung des Verbots der lex commissoria 220, — Wesen des sogenannten Verbots der Mobiliarhypothek 222; — IV. Schlußbetrachtung: Rechtswirksamkeit der S. 229, — Ueberblick über das englische Recht 230.
Spezifikation 318.
Staat, Brieferöffnungsrecht des St. im Strafprozesse und Konkurse 148.
Stellvertretung bei Abschluß eines Versicherungsvertrages 6 f. und 38 ff. (16 und 20). — St. im Brieferöffnungsrechte 138.

Theilungsklagen 244 und 248.
Tödtung, absichtliche des Versicherten vernichtet den Anspruch des Ver-

Digitized by Google

sicherungsnehmers auf die Versicherungssumme 21 (64).
Tradition, Wesen 311, Erfordernisse 312.
Trusts, die amerikanischen 334; Begriff 334, — Terminologie 334; — I. der alte Trust 334, — dessen Entstehung und geschichtliche Entwickelung 335; — II. der moderne Trust 338: Arten 338, — uneigentliche T., Beispiele 339, — eigentliche T., Arten 340, — Rechtsverhältnisse bei den T. 342; — III. Rechte und Pflichten der Betheiligten 342 ff.; — IV. Legalität der T. nach dem englischen Common Law 345, — rechtliche Natur der T. 346, — die die T. begründenden Rechtsakte 348; — V. Die gegen die T. gerichtete Gerichtspraxis 349; — VI. desgl. Gesetzgebung 355.

Ueberversicherung, Begriff 5 (12); — Bestimmungen hinsichtlich der Versicherungssumme bei Ue. 5 und 38 (12 Abs. 2 und 13).
Usukapion 317.

Veräußerung eines versicherten Gegenstandes, Einfluß derselben auf Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrage 10 und 46 (28).
Verjährung der Klagen aus dem Versicherungsvertrage 22 und 61 (68). — V. des Vergehens der widerrechtlichen Brieferöffnung 122.
Vermächtniß s. Legat.
Verpackung, Haftung für Fehlen und Mängel der V. nach Art. 9 des Intern. Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr 64; — Entstehungsgeschichte der Bestimmungen des Art. 9 65; — ihr Inhalt im Allgemeinen 68; — im Einzelnen: Verpflichtung des Absenders zur Besorgung gehöriger V. 70; — Verpflichtung der Eisenbahn zur Prüfung der V. 72; — Anerkenntniß des Absenders bezüglich Fehlens oder Mängel der V. 78; — unbedingte Haftung des Absenders im Falle der Abgabe eines Anerkenntnisses und im Falle äußerer nicht erkennbarer Mängel der V. 75; — Umfang der Haftpflicht in diesen beiden Fällen 78; — Haftung des Absenders bei arglistigem Verfahren 80.
Verpfändung s. Pfandrecht.
Versicherung des Gesindes gegen Invalidität 166, — desgl. gegen Krankheit 166, — desgl. gegen Unfall 167.
Versicherungsschein s. Police.
Versicherungsvertrag, Entwurf eines R.-Ges. über den V. 1 ff. I. Allgemeine Bestimmungen: Die beteiligten Personen 2 und 30 (1); — juristische Natur der Versicherungsgesellschaften 2 und 31 (2); — Geschäftsplan 2 und 32 (3); — Bedeutung des Geschäftsplanes für den Abschluß eines V. 3 und 33 (4); — Ausfertigung und Inhalt des Versicherungsscheines 3 und 33 (5); — Zeitpunkt des Abschlusses des V. und dessen Erneuerung 3 und 33 (6); — Zeitberechnung bei dem V. 4 und 34 (7). — II. Versicherung gegen Schaden: Gegenstand des V. 4 und 35 (8); — Gewinnversicherung, deren Zulässigkeit 4 und 35 (9); — Bestimmung der Höhe der Versicherung 4 f. und 35 ff. (10—13), Kollektivversicherung 5 und 38 (14); — V. des Interesses eines Nichteigenthümers 6 (15); — Abschluß des V. durch Stellvertreter 6 f. und 38 f. (16 und 20); — mehrfache Versicherung 6 und 38 f. (17 und 18), 8 und 40 (21 Abs. 2); — Wirksamkeit des V. in Ansehung des Zeitpunkts des Eintritts eines Schadens 7 und 40 (19 und 20); — Fälle der Hinfälligkeit des V. 8 und 40 (21); — Begrenzung der Gefahrsübernahme durch die bei dem Abschlusse zu wahrende Wahrheitspflicht 8 f. und 40 ff. (22—24), — desgl. durch das Verhalten des Versicherungsnehmers in Ansehung des versicherten Gegenstandes 9 und 44 (25), — desgl. durch ausdrückliche Abmachung 9 und 44 (26); — Erklärungspflicht des Versicherers in den drei letztgedachten Fällen 10 und 44 f. (27); — Uebergang der Rechte und Pflichten aus dem V. bei Veräußerung des versicherten Gegenstandes 10 und 46 (28); — Einfluß der Konkurseröffnung über das Vermögen einer der betheiligten Personen auf die Versicherung 11 und 47 (29—31); — Einfluß der Säumniß des Versicherungsnehmers in der Entrichtung der Einlagen auf das

Digitized by Google

Fortbestehen des V. 11 und 47 (32); — Pflichten des Versicherungsnehmers bei Eintritt eines Unfalls 12 f. und 48 f. (33, 34, 36); — Bemessung des Schadensersatzes bei theilweisem Untergange des versicherten Gegenstandes 12 und 49 (35), — insbes. im Falle einer Kollektivversicherung 13 und 50 (37); — Einfluß einer Ueberberechnung des Schadens auf die Schadensersatzpflicht des Versicherers 13 und 49 (36 Nr. 4); — Feststellung des Schadens durch amtsgerichtliche Beweiserhebung 14 und 51 (38); — Ausschluß der Entschädigungspflicht bei grobem Verschulden und Arglist des Versicherungsnehmers 14 und 51 (39); — Regreßrecht des Versicherers gegen den Urheber des Schadens nach geleisteter Vergütung 14 und 52 (40); — Rechte der dinglich Berechtigten an der Versicherungssumme 15 und 53 (41, 42); — Gesetzliche Klauseln für Abtretung der Rechte des Versicherungsnehmers vor und nach Eintritt des Unfalls 16 und 54 (43); — Umfang der Haftung des Versicherers für wiederholte Unfälle 16 und 54 (44). — III. Lebensversicherung: Einleitende Bestimmungen 16 und 54 (45); — Versicherung des eigenen Lebens 17 ff. und 55 ff. (46—55); — Andere Arten der Lebensversicherung und die hierfür vorgeschlagenen Bestimmungen 19 und 58 (56); — Versicherung des Lebens eines Dritten 20 und 58 (57, 58); — Einzelne allen Arten der Lebensversicherung gemeinsame Rechtsregeln 20 f. und 58 f. (59—66). — IV. Schlußbestimmungen: Verjährungsfrist der Klagen aus dem V. 22 und 61 (68); — Restitution gegen unverschuldete Versäumung einer Frist 22 und 62 (69); — Gerichtsstand bei Klagen aus dem V. 23 und 62 (70); — Wirksamkeit des Gesetzes auf bereits bestehende Versicherungsbetriebe 25 und 63 (71); — Anwendungsgebiet des Gesetzes 23 und 63 (72).

Versicherungswesen, Begriff 24; — Geschichte 24; — Aufgaben der Gesetzgebung hinsichtlich des V. 25 f.; — Bestimmungen moderner Kodifikationen und Entwürfe über das V. 27.

Vervielfältigung eines nicht mehr gegen Nachdruck geschützten Schrift- oder Kunstwerks; inwiefern der Eigenthümer Anspruch auf Schutz dagegen haben soll 150 ff.; — Vorgeschichte dieser Frage 151; — Gegenwärtiger Stand 154; — Vorschläge für die gesetzliche Regelung der Frage 155 ff., insbes. 159.

Vormund, Brieferöffnungsrecht des V. gegen die Mündel 144.

Zeugnißzwang, Umfang desselben hinsichtlich der gerichtlichen Vorlegung von Briefen 113.

Zucker-Trusts 340.

Zwangsvollstreckung aus Urtheilen auf Sachklagen 251.

Digitized by Google

II. Verzeichniß der besprochenen Litteratur.

1. Lehrbücher, Handbücher, Werke allgemeinen Inhalts.

Alexander: Konkursgesetze aller Länder der Erde. 190.

v. Bar: Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts. 202.

v. Baumbach-Kirchheim: Die Unfallversicherung. 184.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts mit Einschluß des See-, Wechsel- und Versicherungsrechts. 2. Aufl. 375.

Crome: Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft als Supplement zu den deutschen Lehr- und Handbüchern des französischen Civilrechts. 185.

Eger: Handbuch des Preußischen Eisenbahnrechts. Bd. I, Bd. II Lief. 1—3. 370.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht. 4. Aufl. 194.

— Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 (Anhang zum vorstehenden Werke). 366.

Heck: Das eheliche Güterrecht und das Intestaterbfolgerecht nach dem in der Provinz Pommern geltenden Lübischen Rechte und der Pommerschen Bauernordnung. 181.

Hilse: Handbuch der Straßenbahnkunde. Bd. I (Straßenbahnrecht). Bd. II Lief. 1 (Straßenbahnpolitik). 387.

Hölder: Pandekten. Allgemeine Lehren mit Rücksicht auf den Civilgesetzentwurf. 174.

Hubrich: Das Recht der Ehescheidung in Deutschland. 181.

v. Jhering: Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. 6. Aufl. 208.

Meyer: Anleitung zur Prozeßpraxis nach der Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 in Beispielen an Rechtsfällen. 3. Aufl. 382.

Parisius und Crüger: Formularbuch zum Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889. 196.

Piloty: Das Reichsunfallversicherungsrecht, dessen Entstehungsgeschichte und System. Bd. II. 184.

Rießer: Handelsrechtspraktikum. 2. Aufl. 374.

Schück: Civilprozeßpraktikum. 208.

Zürn: Handbuch des Preußischen Erbrechts. 183.

2. Gesetzesausgaben und Kommentare.

Birkenbihl: Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892. 364.

Borchardt: Die Handelsgesetze des Erdballs. Nachtrag I: Das Portugiesische Handelsgesetzbuch vom 28. Juni 1888. 372.

Bosse und v. Woedtke: Das Reichsgesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22. Juni 1889. 398.

Eger: Kommentar zum Preußischen Enteignungsgesetze. Bd. II. 176

— Das internationale Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr. 1. Textausgabe. 2. Kommentar. Heft 1, 2. 368.

Esser: Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung u. s. w. 365.

Förtsch: Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung u. s. w. 365.

Digitized by Google

Gaupp: Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Bd. II. 207.
Gerstner: Internationales Eisenbahnfrachtrecht. Das zu Bern am 14. Oktober 1890 abgeschlossene Internationale Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr. 368.
Gleim: Das Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen vom 28. Juli 1892. 370.
Hergenhahn: Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung u. s. w. 365.
Lubszynski: Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung u. s. w. 366.
Makower: Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. 11. Aufl. 376.
Menzen: Reichsgesetz, betreffend den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen, vom 14. Mai 1879. 207.
Neukamp: Die Reichsgewerbeordnung in ihrer neuesten Gestalt nebst Ausführungsvorschriften. 205.
— Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung u. s. w. 361.
Parisius und Crüger: Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung u. s. w. 363.
Puchelt-Förtsch: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Lief. 1—5. 195 und 378.
Riebow: Die Deutsche Kolonialgesetzgebung. 371.
Schenkel: Die Deutsche Gewerbeordnung nebst Vollzugsvorschriften. 206.
Schwab: Das Internationale Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr. 369.
Schwartz: Preußisches Grundbuchrecht. Bd. I. 176.
Staub: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht). 194 und 377.
Stenglein, Appelius und Kleinfeller: Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches. Lief. 1—4. 192.
Willenbücher: Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. 195.
v. Wilmowski und Levy: Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. 6. Aufl. 207.
Zeller: Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung u. s. w. 366.

3. Monographien.

Adamkiewicz: Der Rechtsbegriff der Kuratel — die Pflegschaft — in systematischer Darstellung mit Bezug auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 182.
Altmann: Der Erlaßvertrag und der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Heft I. Geschichtliche Grundlagen. 179.
Apt: Die Pflicht zur Urkundenedition in dogmengeschichtlicher Entwickelung. 180.
Bähr: Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 360.
Behrend: Die unvollkommenen Ordrepapiere, insbesondere die indossable Namenaktie. 198.
Bekker: Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft. Festgabe an Ihering zum Doktorjubiläum. 380.
Bielschowsky: Ueber die rechtliche Natur der Prämiengeschäfte. 199.
Biermann: Traditio ficta. 389.
Cohen: L. 44 §. 1 D. de aedilicio edicto XXI, 1. Ein Beitrag zur Geschichte des Sozietätsrechts. 395.
Cohn, O.: Die Quasipupillarsubstitution. 397.
—, Th.: Das Handels- und Genossenschaftsregister. 196.
Danbenspeck: Referat, Votum und Urtheil. 382.
Drioux: Reforme de la législation en matière de vagabondance et de mendicité. 405.
Ehrenberg: Die Verantwortlichkeit der Versicherungsgesellschaften für ihre Agenten. In der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Ihering. 203.
Erler: Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß einschließlich Ehenichtigkeit und Eheungültigkeit im Gel-

Digitized by Google

tungsgebiet des Preußischen Landrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. D. R. 397.
Eschenbach: Zur Börsenreform. 200.
Franckel: Ein Vorschlag für die Neugestaltung des Civilprozesses in Oesterreich. 405.
Frantz: Das Projekt eines Reichskonkordats und die Wiener Konferenzen von 1804. In der Festgabe der Kieler Juristenfakultät für Ihering. 205.
Frensdorff: Die Aufnahme des allgemeinen Wahlrechts in das öffentliche Recht Deutschlands. In der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Ihering. 204.
Frenzel: Recht und Rechtssätze. 385.
Gimmerthal: Der menschliche Wille als Quelle aller obligatorischen Verbindlichkeiten und insbesondere dessen Bedeutung für die Ernährungspflicht der Konkumbenten bei der außerehelichen Schwängerung. Theil I. 394.
Goetze: Der Eid und seine Behandlung. 405.
Goldschmidt: Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft. 360.
Grünwald und Lilienthal: Zum Terminhandel an der Berliner Produktenbörse. 200.
Hachenburg: Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 185.
Hanausek: Fakturen- und Fakturaklauseln nach österreichischem Recht. 197.
Hausmann: Die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung, das sog. Abzahlungsgeschäft. 177.
Haym: Der Schiedsvertrag. 390.
Heß: Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil- und Strafrechts. 175.
Hirsch: Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes u. -Verlustes nach römischem Rechte. 388.
Höhne: Die gesetzliche Regelung der Raten- und Abzahlungsgeschäfte. 178.
Hofmann: Historische und dogmatische Darstellung des Anerkenntnisses im Civilprozeß. 391.
Jacoby, H.: Die Krediterkundigung. 179.
—, S.: Das Recht der Bank- und Waarenkommission nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche. 198.
Jünger: Befugniß des Prozeßbevollmächtigten zum Abschluß eines Vergleichs nach der deutschen Civilprozeßordnung unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Vormundschaftsordnung. 392.
Kempin: Die Börsensysteme der Schweiz nach den Ordnungen von Zürich, Basel, Genf. 199.
Kindel: Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund. 186.
Kipp: Die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen. In der Festgabe der Kieler Juristenfakultät für Ihering. 205.
Klöppel: Gesetz und Obrigkeit. 387.
Kniep: Praescriptio und Pactum. 405.
Koch: Vorträge und Aufsätze, hauptsächlich aus dem Handels- und Wechselrecht. 376.
König: Die Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren. 396.
Koppers: Die Verbindung des Grundbuchs mit der Katasterkarte. 400.
Kuhlenbeck: Schuldbegriff als Einheit von Wille und Vorstellung in ursächlicher Beziehung zum Verantwortlichkeitsersolg. 384.
Kuntze: Ihering. Windscheid. Brinz. 380.
Lehmann, B.: Rechtsverhältnisse der Fremden in Argentinien. 187.
—, G: Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung bei gegenseitigen Verträgen mit Rücksicht auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. D. R. 395.
Lehmann und Sachsse: Der Berliner Kodex des Dominus Passaguerra von Mailand. In den Festgaben der Rostocker Juristenfakultät für Ihering. 205.
v. Lindheim: Das Schiedsgericht im modernen Civilprozesse. 390.
Lotmar: Vom Rechte, das mit uns geboren ist. Die Gerechtigkeit. 383.
Matthias: Das griechische Schiedsgericht. In den Festgaben der Rostocker Juristenfakultät für Ihering. 205.
Merkel: Die sog. Sepulcralmulten. In der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Ihering. 204.

Digitized by Google

Michel: Der Rechtscharakter der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 366.

Munk: Mißbräuche an den Börsen. 201.

Neumann: Die Verbindung des Grundbuches mit dem Steuerbuch. 400.

Oetker: Kriminelle und civile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen. In den Festgaben der Rostocker Juristenfakultät für Ihering. 205.

Pallaske: Zur Reform des Studiums und des Vorbereitungsdienstes der preußischen Juristen. 188.

Pappenheim: Die schwedischen Gesetzentwürfe vom Jahre 1890, betreffend das Gesellschaftsrecht. In der Festgabe der Kieler Juristenfakultät für Ihering. 204.

v. Petrażycki: Die Fruchtwertheilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten 393.

Pfersche: Die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts mit Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. D. R. 402.

— Das gewerbliche Arbeitsverhältniß nach österreichischem Recht mit Einschluß der Unfall- und Krankenversicherung der Arbeiter. 403.

Pfizer: Wort und That. 403.

Regelsberger: Streifzüge im Gebiet des Civilrechts. In der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Ihering. 204.

Reinhold: Quittungskosten und Quittungspflicht. 179.

Rießer: Grundgedanken in den kodifizirten Handelsrechten aller Länder. 193.

v. Salis: Die Religionsfreiheit in der Praxis. 405.

v. Savigny: Die französischen Rechtsfakultäten im Rahmen der neueren Entwickelung des französischen Hochschulwesens. 187.

Scherer, M. und O.: Das in Deutschland geltende Viehwährschaftsrecht in der durch die Reichsgesetzgebung veränderten Gestalt. 396.

Scherer, M.: Besprechung des Entwurfs unseres bürgerlichen Gesetzbuchs mit Gegenvorschlägen. 404.

Schiffner: Vermächtnißvertrag nach österreichischem Recht. 185 und 403.

Schloßmann: Das Kontrahiren mit offener Vollmacht. In der Festgabe der Kieler Juristenfakultät für Ihering. 205.

Schultz: Zum Preußischen Wegerecht. 401.

Schultze: Die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen den Rechtsnachfolger. 399.

Siepmann: Der Besitzerwerb des Kindes. 390.

Ubbelohde: Interdikte des römischen Rechts. Theil II. 176.

Ueber Proberelationen: Eine Mittheilung aus der Justizprüfungskommission. 2. Aufl. 383.

Weber: Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht. 187.

Webler: Zur Lehre von der sog. transmissio Theodosiana. 184.

Weil: Die Geltendmachung der Coupons der Staatsbahnprioritäten im Auslande und das österreichische Kuratorengesetz. 370.

4. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Adler und Clemens: Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuche. Bd. VI—VIII. 191.

Böhm: Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht. Bd. I u. II. 202.

Johow: Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen. Bd. X und XI. Gesammtregister zu Bd. I—X. 192. Bd. XII. 372.

Pfizer: Anti-Seuffert, oder der Geist des Rechts und der Buchstabe des Gesetzes. 187.

Digitized by Google

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Digitized by Google

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin

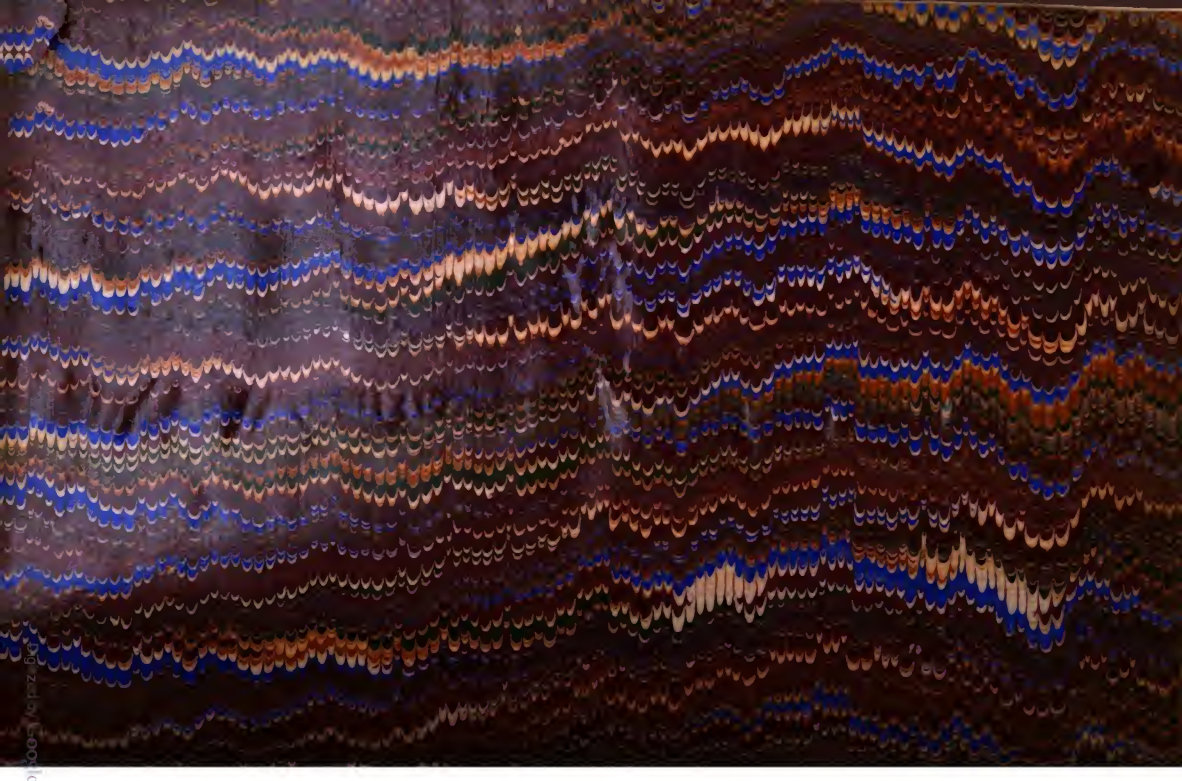
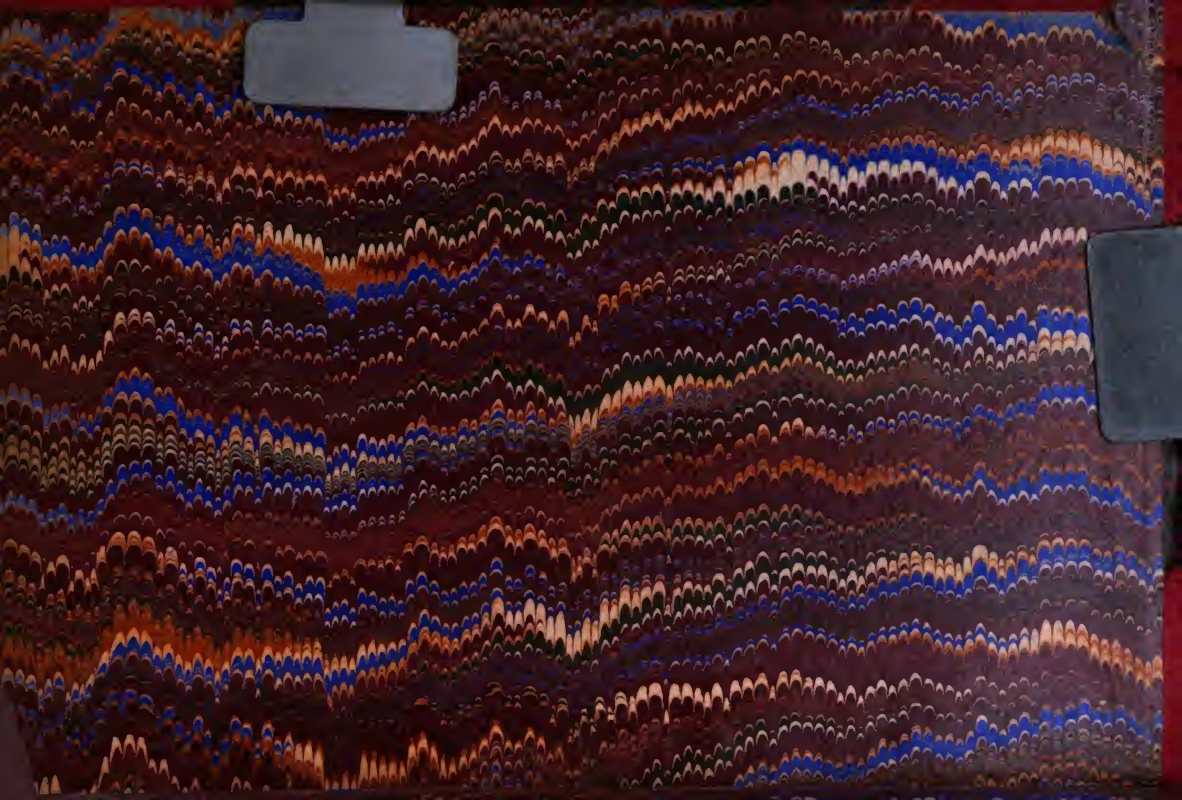
V. Ring,
Mitglied des Landgerichts I Berlin.

Siebenter Band.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1893.

Verlags-Archiv 2087

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google